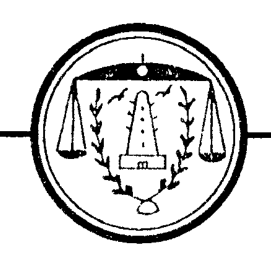


أحكام الإعتياض
« كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء »

« دراسة مقارنة »

دكتور

محمد محيى الدين إبراهيم سليم

مدرس القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمة

١- الأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما إلتزم به وأن يكون الوفاء كاملاً غير منقوص وبنفس الأسلوب المتفق عليه فإن اشترط على المدين الوفاء بكل الالتزام وجب ذلك إلا أن يكون الالتزام منجما فعليه الوفاء بكل جزء فى الأجل المحدد له وبنفس المقدار فلا يجوز للمدين أن يجبر الدائن علي الوفاء بغير ماالتزم به حتى ولو كان بمقدار أكبر أو صنف أجود وفى المقابل لايجوز للدائن إجبار المدين على الوفاء بغير ماالتزم به ولو كان بقــدر أقــل أومن صنف أقل جـودة (المواد ٣٤١ - ٣٤٢ من القــانون المدنى) .

٢- إلا أن المدين قد لا يستطيع الوفاء بعين ماالتزم به لأى سبب كان فيعرض على الدائن أن يستعيض (١) بأداء أخــر بدلاً من الأداء

---

(١) جاء فى لسان العرب لابن منظور : العــوض (بكسر العين وفتح الواو وضم الضاد) بمعنى البدل والمصدر عياض وتقول : عضت فلاناً وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ماذهب منه والمستعمل التعويض . وتعوض منه واعتاض : أخذ العوض وإعتاضه منه واستعاضه وتعوضه بعنى سأله العوض . وفى حديث أبى هريرة رضي الله عنه : فلما أحل الله ذلك للمسلمين ، يعنى الجزية عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مما خافوا » . لسان العرب لابن منظور ، طبعة دار المعارف ، حرف العين ، ص ٣١٧٠ .

الأصلى فيوافق الأخير علي ذلك وهو مايسمى بالإعتياض أو الوفاء بمقابل وهو ماتناولته المادتان (٣٥٠- ٣٥١) من التقنين المدنى .

٣- ولقد أكتسبت معالجة الاعتياض أوالوفاء بمقابل أهمية كبرى نظراً لتداخل هذا النظام مع نظم أخرى - مشابهة له مما دفع الفقة إلى الإختلاف حول طبيعته مما يعنى أن أحكامه مازالت تتأرجح بين أكثر من نظام قانونى دون أن تحسم برأى قاطع ، فضلاً عن أن هذا النظام له طبيعة مزدوجة أصلاً وهو ماصرح به المشرع فى المادة (٣٥١) إذ هو يجمع بين نظامى البيع والوفاء . أضف الى هذا مايتسم به الإتفاق على الإعتياض من ضرورة تنفيذه على الفور وتلك سمة فى هذا النظام يتفرد بها عما عداه من باقى الأنظمة ، بل هى المحك الفاصل بينه وبين أشد النظم إرتباطاً وأقصد بذلك التجديد .

٤ - وإذا كان الإعتياض قد اكتسب تلك الأهمية فى نطاق القانون المدنى فلعل تلك الأهمية يزداد قدرها إذا تيمنا شطر الفقه الأسلامى وأردنا أن نعرض لمقارنة بين النظامين لمحاولة الوقوف على أحكام هذا

- والمعنى المأخوذ مما سبق أن العوض بمعنى البدل أى أن المدين يعطى للدائن بدلاً مما كان سيعطيه له أصلاً ، ولذا درج فقهاء الشريعة الغراء على إطلاق لفظ الإستبدال للدلالة على تلك العملية والتى تسمى بالوفاء بمقابل أى أن الوفاء لم يكن بعين ما التزم به المدين وإنما يقابله قيمة وجودة بحسب اتفاق الطرفين .

النظام ونقاط الإلتقاء والإفتراق بين النظامين وسبب ذلك خاصة وقد آن الأوان لإستخراج أحكام الفقه الإسلامى بدرجة أكثر من ذى قبل لما يتسم به هذا الفقه من ضبط ووضوح وسلاسة اكتسبها من اجتهادات رجال المذاهب المختلفة الذين قيضهم الله عز وجل لوضع صرح ذلك الفقه الشامخ وكانوا لايقصدون فى عملهم غير وجه الله فأتى فقههم على هذه الدرجة من النضوج التى لايدانيه فيها فقه اخر مهما ساد الظن بعلو قدره .

٥ - تقسيم :-

- وترتيباً على ماسبق نقسم هذا البحث الى ثلاثة فصول علما - بأنى سأستعمل لفظ الوفاء بمقابل أحياناً ولفظ الإعتياض فى أحيان أخرى ولا أقصد من ذلك سوى الإشارة إلى تطابق كلا اللفظين في المعنى المراد . وثمة نقطة أخرى أود التنويه إليها وهى أنى سأعقد فى نهاية كل فصل خاتمة لهذا الفصل أقارن فيها بين موقف كل من القانون المدنى والفقه الإسلامى وما أنتهى اليه كل إتجاه وبيان أوجه الإتفاق والأختلاف بينهما .

الفصل الأول : طبيعة الوفاء بمقابل .

الفصل الثانى : مقومات الوفاء بمقابل .

الفصل الثالث : آثار الوفاء بمقابل .

والله ولى التوفيق ،،،

الفصل الأول

طبيعة الوفاء بمقابل(الاعتياض)

٦ - تمهيد وتقسيم :-

- أثارت الطبيعة المركبة للوفاء بمقابل الخلاف بن الفقهاء حول تكييفه وتحديد طبيعته .

- ففى نطاق القانون المدن يوجد أكثر من اتجاه لكل وجهة نظره تجاه تحديد طبيعة الوفاء بمقابل ولقد ثار الخلاف كذلك فى نطاق الفقه الاسلامى خاصة حول مدى جواز بيع الدين بالعين لذات المدين .

- وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين وخاتمه :

المبحث الأول : تحديد طبيعة الوفاء بمقابل فى نطاق القانون المدنى .

المبحث الثاني : تحديد طبيعة الوفاء بمقابل فى نطاق الفقه الاسلامى

خاتمة : نستعرض فيها أوجه الاتفاق والاختلاف بين كل من القانون المدنى والفقه الاسلامى .

المبحث الأول

تحديد طبيعة الوفاء بمقابل فى نطاق القانون المدنى

٧ - تمهيـــــد :-

- يتضمن الوفاء بمقابل انقضاء التزام من على عاتق المدين ونشوء التزام آخر بدلا منه يجب عليه الوفاء به فورا فيبرىء ذمته تجاه دائنه مما أثار الخلاف بين الفقهاء حول هذا التحديد الدقيق لطبيعة الوفاء بمقابل .

- ولقد ثار التساؤل هل يعد الوفاء بمقابل مظهرا من مظاهر تجديد الالتزام بتغيير الدين ؟ وإذا لم يكن كذلك ومع التسليم بأنه وفاء غير عادى فهل يمكن النظر اليه بإعتباره بيعا ، ومقايضة تعقبها مقاصه أم أنه من قبيل العقود العينية ؟ أم أنه تمليك عين فى مقابل دين ؟ .

- تمثل الاجابة عن التساؤلات السابقة اتجاهات متعددة قال بها الفقهاء نستعرضها تباعا ثم نبين رأينا الخاص فى المسألة علي النحو التالى : -

أولا - الوفاء بمقابل تجديد بتغيير الدين .

ثانيا - الوفاء بمقابل وفاء غير عادى .

ثالثا - الوفاء بمقابل بيع أو مقايضه تعقبه مقاصه .

رابعا - الوفاء بمقابل عقد عينى .

خامسا - الوفاء بمقابل تمليك عين في مقابل دين .

سادساً - رأينا الخاص فى المسألة .

٨ - أولا - الوفاء بمقابل تجديد بتغيير الدين :-

- اتجه بعض الفقهاء الى أن الوفاء بمقابل صورة من صور تجديد الالتزام بتغيير محله (٢) وتفصيل ذلك أن الدائن حينمايتفق مع المدين على إحلال أداء آخر محل الأداء الأول فإن هذا الاتفاق ذو شقين : أولهما يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى ، وثانيهما : يترتب عليه نشوء التزام جديد وما جوهر التجديد إلا هذا (٣).

---

(٢) د./ السنهورى - الوسيط ، جـ ٣ نظرية الإلتزام بوجه عام - المجلد الثانى إنقضاء الإلتزام - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٨٢ م ص ٨٠٥ ومابعدها ، د./ عبد الفتاح عبد الباقى ، أحكام الإلتزام ، طبعة ١٩٦٠ بند ٢٨١ ، د./ اسماعيل غانم - النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثانى - أحكام الإلتزام والإثبات ، ص ٤١٣ ، د./ عبد الودود يحيي ، الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - القسم الثانى - أحكام الإلتزام - طبعة ١٩٨٧ ، ص ٣٣٣ ، د./ أحمد شرف الدين - أحكام الإلتزام ص ٣٧٠ .

(٣) د./ عبد الحى حجازى - النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثانى - أحكام الإلتزام (الآثار) الوفاء بالإلتزام والطرق المعادلة للوفاء ، طبعة ١٩٦٠ ، ص ٢٥٩ مقروءة مع هامش (١) ، وكذلك : أنظر فى بسط هذا الإتجاه د./ جلال محمد ابراهيم - إنقضاء الإلتزام ، ص ٢٤ ومابعدها .

- ولا يقدح فى التكييف السابق أن التزام المدين ينفذ فورا بما قد يخالف مبادىء التجديد وذلك لوجود فاصل زمنى - مهما قل مدذاه - بين انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء الالتزام الجديد وتنفيذه (٣) .

- وترتيباً على ما سبق فإن الالتزام الأصلى ينقضى وتبعا له تنقضي التأمينات التى كانت تضمنه سواء تمثلت فى كفالة أو رهن وتبدو أهمية ذلك فى أنه لو كان المقابل الذى قدمه المدين للدائن عيناً معينه ثم استحقت هذه العين للغير لعدم ملكية المدين لها فلا أثر لذلك على الالتزام الأصلى الذى انقضى وانما يكون للدائن أن يرجع على المدين بدعوي الالتزام الجديد ولما كان التنفيذ العيني متعذرا فى هذه الحالة - لعدم ملكية المدين للعين - فلا يبقى أمامه سوي المطالبة بالتعويض (٤) .

- وعلى عكس النتيجة السابقة لو اعتبرنا الوفاء بمقابل صورة من صور الوفاء ثم استحق المقابل من تحت يد الدائن فله الرجوع على المدين بالالتزام الأصلى بالإضافه إلى التأمينات المقررة ضمانا له تأسيسا على أن من شروط صحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا لما وفى به (٥) .

---

(٤) د./ اسماعيل غانم - السابق ، ص ٤١٤ .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع ، د./ جلال ابراهيم - السابق ص ٢٧ - ٢٨ .

– ويؤكد أنصار هذا الاتجاه ما يذهبوا إليه من خلال نص المادة (٧٨٣) من القانون المدنى والتى تقرر أنه :

« إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء » .

– فبراءة ذمة الكفيل على النحو المقرر فى النص هي نتيجة من نتائج التجديد بعد أن انقضى الالتزام الأصلى بما كان يضمنه من كفالة .

٩ – ثانياً- الوفاء بمقابل وفاء غير عادى :-

– يذهب البعض إلى أن الوفاء بمقابل هو ضرب من الوفاء وإن كان غير عادى (٦) .

– وتفصيل ذلك أننا إزاء الوفاء بمقابل لا نكون بصدد التزام جديد حل محل الإلتزام القديم إذ لا يوجد فى الواقع سوى التزام واحد كل ما فى الأمر أن المدين قد حصل على إذن من الدائن فى أن ينفذ بمقابل واستعمال هذا الاذن هو فى نفس الوقت الوفاء بمقابل .

– ومعنى ذلك أننا لا نكون بصدد تجديد لعدم وجود عنصر الالتزام الجديد فضلا عن أن الوفاء بمقابل يؤدى إلى انقضاء الالتزام – على إثر

---

(٦) د./ عبد الحى حجازى – السابق – ص ٢٦٠ ومابعدها حيث أشار الى هذا الإتجاه وكذلك السنهورى – السابق ص ٨٠٣ د./ جلال ابراهيم – السابق – ص ٢٤ مقروءة مع هامش (٣) .

انتقال الملكية فورا إلى الدائن .

– وترتيباً على ما سبق فإن الوفاء بمقابل ليس فيه إلا التزام واحد هو الالتزام الأصلي الذى يعد المدين منفذا له بمجرد إعطاء الدائن الشيء غير المستحق أصلا مما يعنى خروج الوفاء بمقابل على مقتضى نص المادة (٣٤١) من القانون المدنى فصبح وفاء غير عادي غير أن رضا الدائن به ينزله منزلة الوفاء العادى (٧) .

– وتبدو أهمية التكييف السابق في أنه إذا استحق الشيء من تحت يد الدائن فإن له الرجوع على المدين بالدين الأصلى وبجميع ما كان له من ضمانات ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق وهى الدعوي المقرره للمشترى قبل البائع لأن الدائن لم يشتر المقابل الذى أستحق وانما كان – بمقتضاه سيستوفى الدين الذى له فى ذمة المدين (٨) .

– ونظراً لأن رجوع الدائن – عند استحقاق الشيء – على المدين بالإلتزام الأصلى يصطدم بالحكم الوارد فى المادة (٧٨٣) من القانون المدنى والخاص ببراءة ذمة الكفيل نهائياً حتى فى حالة الاستحقاق إلا أن أصحاب هذا الاتجاه قد ذهبوا إلى عدم وجود هذا التعارض لأنه يجب تفسير هذا الحكم من خلال الظروف التاريخية التى أملته ، وتفسير ذلك

---

(٧) د./ عبد الحى حجازي – السابق ص ٢٦٠ .

(٨) د./ السنهورى – السابق – ص ٨٠٣ .

أن استحقاق الشيء من يد الدائن كان يعنى بقاء التزام الكفيل ما بقى الالتزام الأصلى ونظرا لأن الدائن قام بتسوية الأمر مع المدين على أن يقبل الوفاء بمقابل فان مقتض ذلك ألا يضار الكفيل من جراء هذا الاتفاق خاصة وقد استبدل الالتزام الأصلى بالتزام آخر مما يعنى براءة ذمة الكفيل خاصة وأن الدائن بإتفاقه الأخير قد فوت على الكفيل - إذا كان قد دفع للدائن وقت أن كان المدين موسرا فرصة استرداد المبلغ الذى كان ضامنا للوفاء به [٩] ، وبهذا يتبين أن أساس نص المادة (٧٨٣) سالف الذكر هو تفادى تحمل الكفيل إعسار المدين فى الفترة التى تمر بين الوفاء بمقابل وبين استحقاق الشيء من تحت يد الدائن [١٠] : -

١٠ - ثالثا - الوفاء بمقابل بيع تعقبه مقاصة أو مقايضة : -

- اتجه بعض الفقهاء إلى تكييف الوفاء بمقابل على أنه بيع تعقبه مقاصة أو مقايضة [١١] .

- وتفصيل ذلك أن الإتفاق بين كل من الدائن والمدين يتم على

---

(٩) د./ عبد الحي حجازى - السابق - ص ٢٦١ .

(١٠) المرجع السابق ص ٢٦٢ .

(١١) في عرض هذا الإتجاه ، أنظر : د./ السنهورى - السابق ، ص ٨٠٢ ، د./ عبد الحي حجازي - السابق - ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣ ، د./ البدراوي - أحكام الالتزام ص ٣٦٦ ، د./ أحمد شرف الدين - السابق - ص ٣٦٩ ، د./ عبد الودود يحيي - السابق - ص ٣٣٣ .

أساس قيام المدين بإستبدال الأداء الأصلى الذى فى ذمته للدائن بأداء آخر مقابل له فإذا كان ما فى ذمة المدين عبارة عن مبلغ من النقود استبدله بعقار أو سيارة فمعني ذلك أن الدائن قد اشتري هذا العقار من المدين مقابل النقود التى فى ذمة الأخير وينتج عن ذلك أن الدائن مدين بثمن العقار أو السيارة ودائن بالنقود والمدين دائن بثمن العقار أو السارة ومدين بالنقود فنكون بصدد بيع ينقضى بوقوع المقاصة القانونية بين الأداءات المتقابلة ويبقى التزام المدين بنقل ملكية المقابل (١٢) .

– ونتيجة للتكييف السابق تطبق أحكام البيع خاصة ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ... الخ .

– وعلى العكس من ذلك لو كان ما فى ذمة المدين التزاما بتسليم عقار فقدم بدلا منه سيارة فإننا نكن بصدد عقد مقايضة .

---

(١٢) ولقد اعتنقت محكمة النقض فى حكم لها هذا الإتجاه إذ قررت أن الوفاء بقابل : « في حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه وهى الرضاء والشئ المبيع والثمن ، فالشئ الذى أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه في هذه الحالة بطريق المقاصة ، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع » . نقض مدنى ١٨ / ٥ / ١٩٤٤ ، طعن رقم ١٢٣ السنة ١٣ ق – الموسوعة الذهبية جـ ٣ ص ٣٠٦ رقم ٥٨٧ .

١١ - رابعا - الوفاء بمقابل عقد عينى : -

- ذهب البعض إلى القول بأن الوفاء بمقابل بمثابة عقد عيني (١٣) لا ينعقد إلا بتسليم الشء الذى تبرأ به ذمة المدين ونظرا لأن نقل ملكية هذا الشيء يكون بمقابل فهو عقد معاوضه يقرب من عقد البيع الا أنه ليس بيعا ومظهر الاقتراب من البيع يتمثل فى سريان الأحكام الخاصة بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، فضلا عن سريان أحكام الوفاء خاصة ما يتعلق بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

١٢ - خامسا : الوفاء بمقابل تمليك عين فى مقابل دين :-

- ذهب البعض (١٤) إلى أن الوفاء بمقابل ليس تجديداً بتغير محل الالتزام وليس بيعا أو مقايضة بل هو عبارة عن عقد خاص يقصد به تمليك عين فى مقابل دين وهو بهذا المعني يكون عقدا غير مسمي يترتب عليه نقل الملكية للدائن ومقابل ذلك ينقض دين المدين .

- ولما كانت القاعدة فى العقود غير المسماه هى أن تطبق عليها أحكام العقود المسماة التى تشاركها خصائصها الجوهرية فإن الوفاء بمقابل يشبه عقد البيع بحسبانه من عقود التمليك بعوض مما يبرر تطبيق

---

(١٣) د./ عبد الحى حجازى - السابق ص ٢٦٣ -ص ٢٦٤ .
(١٤) د./ عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٣٦٧ .

بعض أحكام البيع عليه كضمان الاستحقاق والعيوب الخفية فضلا عن الأحكام الخاصة بأهلية المتعاقدين .

- واذا اقترن الوفاء بمعدل نقدي يلتزم الدائن بأدائه للمدين كان للأخر (وهو فى مركز البائع) امتياز على الشئ الذي قدمه لضمان الحصول على هذا المعدل .

١٣ - سادسا - رأينا الخاص فى المسألة :-

- من خلال استعراضنا للآراء السابقة التى قيلت لتحديد طبيعة الوفاء بمقابل أو عقد الإعتياض نستطيع أن نؤكد أن الوفاء بمقابل لا يتطابق مع نظام قانونى معين من النظم القائمة بما يعنى أنه ليس تطبيقا من تطبيقات أى من هذه النظم وأن تشابه مع بعضها وشاركها بعض خصائصها .

- *وترتيبا على ذلك* : -

١ - لا يمكن القول بأن الوفاء بمقابل صورة من صورالوفاء العادى وذلك لسببن : -

- الأول :-

- أن الوفاء العادى ينصب على الدين الأصلي وهو مالا يتحقق فى الوفاء بمقابل إذ قوامه هو الاعتياض أ العدول عن استيفاء الدن الأصلي إلى أداء مقابل عوضا عنه .

- الثـــانـــى :-

- مغايرة طبيعة الوفاء بمقابل فى نقطة افتراق هامه ألا وهى حالة استحقاق المقابل فى يد الدائن الذى لن يستطيع فى نطاق الوفاء بمقابل الرجوع على المدين ومطالبته بالدين الأصلي والذى انقض بالإتفاق على المقابل وإن كان له الرجوع عليه بمقتضى دعوى الضمان المقررة للمشترى قبل البائع وهذا وجه التقاء بين الوفاء بمقابل وعقد البيع مع أنه ليس ببيع (١٥) .

- وعلى العكس مما تقدم لو ثبت - فى نطاق الوفاء العادى - أن الموفى لا يملك ما وفاه لكان من أثر ذلك قابلية الوفاء للإبطال بناء على طلب الموفى له مما يعنى عودة الدين الأصلى بجميع ما كان له من ضمانات (١٦) .

- وليس معنى هذا أنه لا توجد بين الوفاء العادى والوفاء بمقابل من العلاقة سوى تغيير بل العكس هو الصحيح إذ هناك جهة التقاء بين

---

(١٥) د./ السنهورى - السابق ص ٨٠٨ ، د./ محمد شكرى سرور - موجز الأحكام العامة للإلتزام - طبعة ١٩٨٥/٨٤ - ص ٢٩٠ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ص ٢٣٧ .

(١٦) د./ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الإلتزام - الإثبات والأحكام ، طبعة سنة ١٩٧٤ ص ٢٠٨ ، د./ أنور سلطان و د./ جلال العدوى - رابطة الإلتزام ، طبعة سنة ١٩٦٨ ص ٨٨ ، د./ عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٣٢٤ ، د./ فيصل زكى عبد الواحد - دروس في الأحكام العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى - طبعة عام ١٩٩٠ ص ٧٦ .

النظامين تتمثل فى عدة مظاهر منها تعيين جهة الدفع (خصم المدفوعات) فى حالة ما اذا كان للدائن فى ذمة المدين عدة ديون كذلك يخضع الوفاء بمقابل لأحكام الوفاء العادى من حيث الطعن بالدعوى البوليصية ودعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق اذا ثبت عدم وجود الدين إذ من حق الموفى - فى هذه الحالة استرداد ما وفاه (١٧) .

- ولعل تساؤلاً يطرح نفسه بحكم اللزوم العقلي والمنطقي للمقدمات السابقة ومضمون التساؤل يدور حول مدى حق الدائن الموفي له فى المطالبة بفسخ عقد الاعتياض وعودة الدين الأصلى إلى ذمة المدين ؟

- الإجابة على ذلك بالإيجاب فمن حق الدائن الموفى له فى حالة استحقاق المقابل فى يده أن يطالب بفسخ عقد الاعتياض فإذا تم له ذلك عاد الدين الأصلى إلى ذمة المدين وتبعا لذلك تعود معه التأمينات التى كانت تضمنه (١٨) .

- وثمة تساؤل أخير مبعثه نص المادة (٧٨٣) من القانون المدنى

---

(١٧) د./ عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٣٦٩ ، د./ فتحى عبد الرحيم - النظرية العامة للإلتزامات - الكتاب الثانى - أحكام الإلتزام ، ص ٣٦٨ ، د./ توفيق حسن فرج - النظرية العامة للإلتزام ، طبعة ١٩٨٥ ، ص ٢٢٢ .

(١٨) د./ عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٣٦٨ مقروءة مع هامش (٢) ، د./ السنهورى - السابق ص ٨٠٨ مقروءة مع هامش (٣) ، ونفس هذا الحل هو الذي أخذت به المادة (٩٩٨) من التقنين البرازيلي والتى تقضي بأن : « الدين القديم يعود الى الوجود ويزول أثر المخالصة الخاصة به متى استحق العوض » مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٨ .

والتى تنص على أنه : « إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء » .

– ومضمون التساؤل يدور حول مقصد المشرع من هذا النص وهل يقصد به عودة التأمينات غير الكفالة كالرهن مرة أخر عند استحقاق المقابل مع استثناء الكفالة من ذلك أم أن حكم الكفالة هذا يسري على بقية التأمينات الأخرى التى لم يشملها هذا النص ؟

– ولعل الإجابة على التساؤل السابق – وحتى تكون على أساس سليم – يجب أن يسبقها تحديد العلة التي لأجلها رتب المشرع حكم الكفالة السابقة ؟

- أما عن تحديد العلة فلقد تفرق الرأى بشأنها إلى اتجاهين : -

- الأول : -

– يرى صاحب هذا الاتجاه [١٩] أن الحكمة من وراء هذا الحكم هى رعاية مصلحة الكفيل حتى لا يبقى معرضا لرجوع متأخر من قبل الدائن إذا استحق المقابل فى يده ولا يقدح فى ذلك قيام الدائن بإدراج شرط يحول دون تحقق هذا الحكم طالما لم يكن الكفيل طرفا فى تلك المشارطة .

---

(١٩) د./ عبد الحى حجازى – السابق – ص ٢٧٢ .

- الثانى :-

- ويتجه هذا الرأى إلى القول بأن العلة التي لأجلها تبرأ ذمة الكفيل بمجرد ابرام عقد الاعتياض تكمن فى أن استحقاق الشىء فى يد الدائن لا يحول دون بقاء هذا العقد منتجا لآثاره ومن بينها براءة ذمة الكفيل طالما أن الدائن لم يطلب فسخ العقد واختار طريق التنفيذ بطريق التعويض وذلك برفعه دعوى ضمان الاستحقاق (٢٠) .

- ومعنى ذلك أن الدائن لو كان قد رفع دعوي الفسخ بدلا من دعو الضمان لعاد إلتزام الكفيل من جديد .

- ولقد تعرض الاتجاه الأخير للنقد لأكثر من سبب فمن ناحة ورد نص (٧٨٣) الذكر عاما فى حكمه بمعنى براءة ذمة الكفيل فى جميع الأحوال سواء كان الدائن قد رجع على المدين بدعوي الضمان أو بدعوى الدين الأصلى نتيجة فسخ العقد وترتيبا على ذلك فإن الزام الكفيل مرة أخرى نتيجة رفع الدائن دعوى الفسخ يكون من قبيل التخصيص بلا مخصص (٢١) .

---

(٢٠) د./ منصور مصطفى منصور - عقد الكفالة - طبعة عام ١٩٦٠ ، ص ٦٩ .

(٢١) د./ عبد الحي حجازى - السابق ص ٢٧٢ مقروءه مع هامش (١) .

– ومن ناحية أخرى فإن المشرع يعلم أن من بين المكنات المتاحة أمام الدائن للرجوع على مدينه اللجوء لدعوى الفسخ والتى يترتب عليها عودة الدين الأصلي فلو كان يقصد عودته بالكفالة التي كانت تضمنه لنص على ذلك صراحة وهو لم يفعل .

– نعود إلى التساؤل الأول ألا وهو : هل يقصد المشرع بعدم عودة الكفالة عدم سريان هذا الحكم على باقى التأمينات الأخري كالرهن مثلا بمعنى أنها تعود لتضمن الدين الأصلى فى حالة استحقاق المقابل فى يد الدائن ؟

– يوجد فى الفقه – للإجابة على التساؤل السابق – اتجاهان : – [٢٢] .

- الأول : -

– ويتجه أنصاره

إلى تعميم حكم الكفالة عل سائر التأمينات الأخرى والتى تنقض بمجرد الإتفاق على المقابل ولا تعود مرة أخر حتي لو استحق القابل فى يد الدائن .

ويرجع ذلك إلى أن الدين الأصلي قد انقضى بالوفاء بمقابل وتبعا له انقضت التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به ولا يكون أمام الدائن وقد استحق المقابل فى يده إلا الرجوع بدعوى الضمان وطلب التعوض .

(٢٢) في عرض الإتجاهين : أنظر المرجع السابق – ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ .

- وواضح أن هذا الاتجاه لا يعطى للدائن حق فسخ عقد الإعتياض وبالتالي لم يتطرقوا لمسألة عودة الدين الأصلى .

- الثاني :-

- فرق هذا الاتجاه بين أمرين :-

أ- إذا كان استحقاق المقابل فى يد الدائن يرجع إلى عدم ملكية المدين لهذا المقابل ففي هذه الحالة لا ينقض الدين الأصلى بل يظل قائما ومعه التأمينات التى تضمنه عدا الكفالة التى انقضت بمجرد الاعتياض ولقد نص المشرع على ذلك صراحة .

ب - إذا كان استحقاق المقابل يرجع لسبب آخر غير عدم ملكية المدين له ففى هذه الحالة يكون الوفاء بمقابل صحيحا يترتب عليه انقضاء الدين نهائيا وتبعا له تنقضى التأمينات وليس أمام الدائن سوي الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق .

- ولنا عودة فى هذا الموضوع نناقشه تفصيلاً عند تناول آثار الوفاء بمقابل .

٢ - لايمكن التسليم بأن الوفاء بمقابل يعد صورة من صور التجديد لتعارض مثل هذا التكييف مع جوهر كلا النظامين إذ يترتب على التجديد زوال التزام قديم وحلول التزام جديد يتراخى تنفيذه إلي وقت لاحق، وعلى العكس من ذلك فإنه يترتب على الأعتياض لزوم الوفاء فوراً فلا يكفى مجرد الإتفاق على المقابل فالفورية إذاً هى محك الإفتراق بين كلا النظامين .

كذلك لانتفق مع من ذهب إلي القول بأن الوفاء بمقابل يعد في خطوته الأولى تجديداً للإلتزام الأصلي تعللاً بأن هذا هو مايفسر إنقضاء الإلتزام الأصلي بمجرد الإتفاق على الوفاء بمقابل (٢٣) ، لأن من خصائص النظام الأخير أنه يؤدى بمجرد الإتفاق عليه إلى انقضاء الإلتزام الأصلي دون حاجة إلى استعارة أحكام التجديد لمحاولة إيجاد سند للأثر السابق. حقيقة قد يعد هذا الأثر نقطة التقاء بين كلا النظامين إذ يترتب على كل منهما انقضاء الإلتزام الأصلى ونشوء الإلتزام الجديد إلا أن ذلك لايبرر أن يكون أحدهما (الوفاء بمقابل) فرعاً من الآخر (التجديد) خاصة وأن التقارب أو التشابه بين النظم القانونية أمر قائم ومحتمل إلا أن لكل نظام أحكامه الخاصة والجوهرية التى تميزه عن الآخر .

٣ – ولقد قيل بأن الوفاء بمقابل يعد بيعاً تليه مقاصة أو هو مقايضة .

– وهذا القول وإن كان يصدق فى بعض الفروض إلا أنه ليس كذلك فى بعضها الآخر فضلاً عن إختلاف طبيعة الوفاء بمقابل عن طبيعة كل من البيع والمقايضة .

وتفصيل ذلك أن هذا الإتجاه يصدق فى حالة ما إذا كان الدين الأصلي نقوداً واستبدل به الدائن عقاراً أو منقولاً إذ نكون والحال كذلك بصدد عقد بيع وإذا كان الدين الأصلي عقاراً استبدله الدائن بمنقول كنا بصدد مقايضة .

– أما لو كان الدين الأصلى عبارة عن القيام بعمل استبدله الدائن

---

(٢٣) د . / أحمد شرف الدين – السابق ص ٣٧٠ .

بمبلغ من النقود فنحن إذاً لسنا بصدد بيع ولا مقايضة لأن المدين لم يكن ملتزماً لا بمبلغ من النقود ولا بإعطاء شئ بل كان ملتزماً بالقيام بعمل [٢٤] .

– وثمة فارق جوهري آخر بين الوفاء بمقابل والبيع نقصد بذلك حالة ما إذا كان الدين الأصلى غير موجود وأعتقد المدين خطأ فى وجوده وبناء عليه قدم المقابل للدائن ، فلو قلنا أن العملية بيع اتفق فيه على وقوع المقاصة بين الثمن ودين البائع فلا يستطيع المدين استرداد الشئ ذاته لأن ملكيته انتقلت بسبب البيع وليس له إلا المطالبة بالثمن لعدم إمكان إجراء المقاصة بين الثمن ودين غير موجود .

– أما لو اعتبرنا العملية وفاء بمقابل ، ففى هذه الحالة يستطيع المدين استرداد الشئ بذاته لإنعدام السبب [٢٥] . أو عن طريق دعوى رد غير المستحق [٢٦] .

– وفضلاً عما سبق فإن طبيعة كل من البيع والمقايضة تختلف عن

---

(٢٤) د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٢٦٣ .

(٢٥) د./ عبد المنعم البدراى – السابق ، ص ٣٦٦ .

(٢٦) د./ سليمان مرقس – التزامات الأحكام ، طبعة ١٩٩٢ ، ص ٧٢٦ ، د./ شكرى سرور – السابق ص ٢٩١ .

وكذلك نقض مدنى ١٨ / ٥ / ١٩٤٤ – مجموعة القواعد القانونية ٤ – ٣٨٥ – ١٣٩ .

طبيعة الوفاء بمقابل فبينما البيع والمقايضة من طائفة العقود المنشئة للإلتزامات ونتيجة لذلك فالإعطاء فى كل منهما هو إعطاء تعاقدي إلا أن الوفاء بمقابل عكس ذلك إذ الإعطاء فيه يتميز بأنه إعطاء وفائى (٢٧) .

– ننتهى إلى أن أياً من الآراء السابقة ليس كافياً فى حد ذاته لأن يصلح لتحديد طبيعة الوفاء بمقابل خاصة تلك الطبيعة التى تتسم بأنها طبيعة مركبة فهى تأخذ من نظم ثلاثة فهو يشبه التجديد من زاوية تغيير المحل إلا أنه يجب الوفاء الفورى للمقابل فكان أشبه بالوفاء من هذه الناحية ومن زثر الوفاء نقل ملكية الشئ وهو مايعد من سمات البيع .

– غير أننا – فى ظل هذه الطبيعة المركبة – نميل إلى الأخذ برأى من ذهب إلي اعتبار الوفاء بمقابل من طائفة العقود غير المسماة فهو عقد خاص يقصد به تمليك عين في مقابل دين (٢٨) .

– وتطبق على غير المسمي الأحكام القانونية لما يشبهه من عقود مسماة التى تشاركه في خصائصه الجوهرية (٢٩) .

---

(٢٧) د./ عبد الحى حجازى – السابق – ص ٣٦٣ .

(٢٨) د./ عبد المنعم البدراوى – السابق ص ٣٦٧ ، وفي نفس المعنى د./ فتحى عبد الرحيم ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات – الكتاب الثانى – أحكام الإلتزام – الطبعة الثانية ، بدون تاريخ – ص ٣٦٩ .

(٢٩) وقد نصت صراحة على هذا الحكم بعض القوانين كقانون الموجبات والعقود اللبنانى والذي نصت المادة (١٧٥) منه على الآتى : « ..... أما القواعد المذكورة فى القسم الثانى فلا تنطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس ، وبالنظر الى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعنية . » ، أنظر د./ رمضان زبو السعود – مبادئ الإلتزام فى القانون المصرى واللبنانى طبعة عام ١٩٨٦ ص ٣٣ مقروؤة مع هامش (١) .

- ولما كان عقد الإعتياض من عقود التمليك بعوض فكان من المناسب أن تطبق عليه بعض أحكام عقد البيع من هذه الناحية ، ونظراً لأن الدين ينقضى بالإعتياض فكان ذلك أدعى لتطبيق بعض أحكام الوفاء عليه . وهذا مانصت عليه المادة (٣٥١) من القانون المدنى والتى تقرر أنه : « يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أو عين فى مقابله الدين أحكام البيع وبالأخص ماتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الإستحقاق وضمان العيوب الحفية ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ماتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » .

المبحث الثانى

تحديد طبيعة الوفاء بمقابل فى نطاق

الفقه الإسلامى

١٤ - تناول فقهاء الشريعة الاسلامية الوفاء بمقابل تحت مسمي الاستبدال وصورته أن يوافق الدائن على قيام المدين بإحلال أداء آخر غير الآداء الأصلى فى ذمته ويوفيه للدائن وبذلك تبرأ ذمته .

- والوفاء بمقابل قد يأخذ صورة البيع أو صورة القرض أو صورة الاجارة .

- فهو يأخذ صورة البيع إذا قبل الدائن استبدال دينه بعين معينة فاذا قبضها كان دينه بمثابة ثمن لهذه العين .

- ويشترط حتى تبرأ ذمة المدين أن تكون الموافقة على الاستبدال صادرة من الدائن نفسه حيث لايجوز لوكيله القيام بقبول البدل .

١٥ - وقد يتخذ صورة القرض آية ذلك أن كون الشخص مدينا بأجر منفعة أو عمل فيتفق مع صاحب الدين على استبقاء ما فى ذمته من أجر على سبيل القرض وبذلك يكون كل من الدائن والمدين قد أنهيا الالتزام الأول وهو الوفاء بالأجرة عن طريق استبداله بالتزام آخر وهو القرض وثمة مثال آخر وهو ما جرى عليه عرف التعامل فى العلاقة بين المؤجر والمستأجر على قيام الأخير بكتابة سند حر بقيمة الأجرة ثم يسلمه للمؤجر

الذى يقوم بدوره بتحرير سند مقابل (مخالصة) يفيد براءة ذمة المستأجر من دين الأجرة (٣٠) .

١٦ – وتجدر الاشارة إلى أن الوفاء بمقابل إذا اتخذ صورة البيع فيقصد به بيع الدين وبيع الدن إما أن يكون فى مقابل عين أو دين فإذا كان فى مقابل عين فإما أن يكون لذات المدين أو لأجنبى فإن كان لذات المدين فهذا هو ما يعرف بالوفاء بمقابل .

١٧ – ولقد ثار الخلاف فى الفقه الاسلامى حول مدي جواز بيع الدين بالعين لذات المدين وذلك على قولين أحدهما يجيز ذلك بنيما الثانى يمنع هذه الصورة .

١٨ - الاتجاه الأول : - جواز بيع الدين بالعين لذات المدين : -

– ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز بيع الدين نفسه للمدين وذلك بشرط أن يكون الثمن حالا وأضاف الحنابلة شرطاً آخر وهو أن يكون الدين مستقرا أى غير متنازع عليه واشتراط حلول الثمن هو ما يعبر عنه فى القانون المدنى بالفورية أى أن يتم الوفاء بالثمن فورا ولا يقدح فى ذلك كون الدين الأصلى حالا أو مؤجلا (٣١) .

---

(٣٠) د./ محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامى ، طبعة عام ١٩٧٠ ص ٧٠٥ – ٧٠٦ ، وكذلك المغنى لإبن قدامه ، جـ ٥ ص ٦ .

(٣١) فتح القدير ، جـ ٥ ص ١٨٢ ، الشرح الكبير ، جـ ٣ ص ٥٥ – ٥٦ ، المجموع شرح المهذب للنووى ، جـ ١٠ ص ١١١ ،

– وترتيباً على ذلك لو كان الشخص مدينا بمبلغ من النقود وأراد استبداله بنقد آخر كما لو كان فى ذمته جنيهات مصرية وأراد استبدالها بعملة آخر كالدولار الأمريكى أو الفرنك الفرنس وهو ما يعبر عنه بإقتضاء أحد النقدين من الآخر فإن ذلك جائز بشرط القبض الفورى .

– ولقد أطلق فقهاء الشافعية على بيع الدين لمن هو عليه (المدين) وصف الاستبدال ومضمونه أن بيع الدين لمن هو عليه ينبنى على أن الدين يستبدل به عوض آخر [٣٢] .

– وقد يكون الاستبدال على عوض وهو جائز طالما لم يؤدى إلى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان فى عين أو دين فيقدر المدعى به [٣٣] .

– ويرى الأحناف أن المدعى به لو كان عينا معينة دارا أو أرضا أو عرضا وأقر المدعى عليه بها للمدعي وصالحة عنها بنقود معلومة أو بعقار

كشاف القناع على متن الإقناع ، جـ ٣ ص ٢٥١ ، إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، جـ ٤ ص ١٠٥ ، الإنصاف للمرداوى ، جـ ٥ ص ٤٩ – ٥٠ .

(٣٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٣٠ ، وقد ورد بها أنه : « لايصح بيع الدين بالدين قطعاً واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال ») .

(٣٣) قوانين الأحكام الفقهية لإبن جزئ المالكى ، ص ٣٦٦ .

معلوم أو عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع [٣٤] .

– ويجيز الحنابلة الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقا وبشيء في الذمة أيضا كأن يصالحه عن دينار في ذمته بأردب من قمح أو نحوه في الذمة لكن بشرط القبض قبل التفرق [٣٥] .

– بل إن الحنابلة يرون صحة الوفاء بجنس الحق مع الحط منه بعض الشيء أو هبة بعضه للمدين مع عدم اشتراط ذلك منه ويقوم الدائن بإبراء المدين من هذا البعض [٣٦] .

---

(٣٤) المادة ١٠٣٠ من مرشد الحيران ، بدائع الصنائع للكاساني ، جـ ٦ ص ٤٣ – ٤٤ .

(٣٥) المادة ١٦٢٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل

– ولقد ورد بالمادة (١٦٢٦) من نفس المجلة أن : « الصلح عن الحق المقر به على غير جنسه معاوضه يصح بلفظ الصلح ، فالصلح عن نقد بنقد صرف وعن نقد بعرض أو عن عرض بنقد أو عن عرض بعرض بيع أو عن عرض أو نقد بمنفعة أو إجارة فيشترط لصحته مايشترط لصحه هذه العقود » .

– وجدير بالذكر أن الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما وهو يؤدى الى نتيجة هى أن الدين يستبدل به عوض آخر فلو كان النزاع على عقار مثلاً أقر المدعى عليه به للمدعى به وصالحه عنه بنقود معلومة كان معنى ذلك أن الدائن باستحقاق العقار قد رضى فى استيفاء حقه هذا بشئ آخر غير المستحق أصلاً .

(٣٦) المغنى لإبن قدامه ، جـ ٥ ، ص ٢ .

- ويستدل الحنابلة لما ذهبوا إله بحديث كعب بن مالك والذى ذكر فيه أن ابن أبى حدر تقاضى منه دينا كان له على كعب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله - ﷺ - وهو فى بيته فخرج رسول الله - ﷺ - إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال : ياكعب فقال : لبيك يارسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر فقال كعب : قد فعلت يارسول الله فقال رسول الله - ﷺ - : قم فاقضه (٣٧) .

- ووجه الدلالة من الحديث أن الوفاء بغير عين الدين يكون على الفور حيث إن الأمر فى الحديث يفيد الوجوب كما أن فيه إشارة إلى أنه لا تجتمع الوضيعة (الحط من جزء من الدين) من الدين مع التأجيل .

- أما الشافعية فهم يشترطون لصحه الاستبدال أن يتم التقابض فى مجلس العقد (٣٨) .

---

(٣٧) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، جـ ٥ ص ٣١١ ، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان - محمد فؤاد عبد الباقى ، جـ ٢ ص ١٦ ، دار إحياء الكتب العربية .

(٣٨) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٠٣ .

- أدلـة هــذا الاتجـــاه :-

- ساق أنصار هذا الاتجاه تدعيما لرأيهم أدلة متنوعة سواء من السنة أو من الأثر أو من المعقول .

- مــن السنـــة : -

- ما ورى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - قال كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطى هذه فأتيت رسول - ﷺ - وهو فى بيت حفصة فقلت : يارسول الله رويدك أسألك إنى أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعط هذه من هذه فقال رسول الله - ﷺ - : « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شىء »(٣٩) .

---

(٣٩) سنن الدارقطنى ، جـ ٣ ص ٢٣ - ص ٢٤ - فى البيوع - عالم الكتب - بيروت . كذلك رواه بن ماجه فى سننه وإن افترق فى اللفظ إذ قال : « وإذا أخذت أحدهما وأعطيت الآخر فلا تفارق صاحبك وبينك وبنيه ليس » جـ ٢ ص ٧٦ - البيوع .

كذلك رواه كل من : أبو داود فى سننه - البيوع جـ ٣ ص ٢٥٠ ، الترمذي فى صحيحه بشرح ابن العربى - البيوع جـ ٥ ص ٢٥١ ، النسائي فى سننه جـ ٢ ص ٢٢٣ - ٢٢٤ ، نبيل الأوطار للشوكانى - كتاب البيوع - جـ ٥ ص ١٥٦ (النهى عن بيع الدين وجوازه بالعين لمن هو عليه) .

- وجــه الاستــدلال مــن الحــــديث :-

- يجيز هذا الحديث بعبارته بيع الدين بالعين حيث اشترى بدنانير وأخذ مكانها دراهم أو العكس.

- ومن هنا يستدل على جواز بيع ما فى الذمة إذا كان مشتريه هو المدين لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لم ير بأسا من اقتضاء الذهب من الفضة والفضة من الذهب بشرط افتراق المتبايعا وليس بينهما شىء .

- كذلك روى عن طريق عبد الرازق قال : حدثنا الأسلمى أخبرنى عبد الله ابن أبى بكر عن عمر بن عبد العزيز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وهو الرجل يكون له الدين على الرجل فيبيعه فيكون صاحب الدين أحق به (٤٠) .

- ووجه الدلالة من الحديث هو جواز أن يشترى المدين الدين الذى فى ذمته إذا رغب الدائن في بيعه إذ هو أحق بذلك من الأجنبى .

- الإستـــدلال بالاثـــر :-

- لقد تواترت بعض الروايات الصحابه تفيد بجواز بيع الدين بالعين لذات المدين من ذلك : -

---

(٤٠) مورد الظمآن الى زوائد بن حبان (بان فيمن يبيع بنقد ويأخذ غيره) ص ٢٧٥ .

١ - سئل جابر ابن عبد الله رضى الله عنه عن رجل له دين على آخر فاشتري به غلاما فقال لا بأس (٤١) .

٢ - كذلك ما أخبر به معمر عن الزهرى قال : لم أر القضاة إلا يقضون من اشترى على رجل دينا فصاحب الدين أولى به (٤٢) .

- وجـــه الدلالـــــه :-

- من جماع الأثرين السابقين يتضح أن بيع الدين بالعين جائز وهو ما أفتى به كل من جابر بن عبد الله والزهرى .

- الاستدلا بالمعقـــــول :-

- يدل العـقل على جـواز بيع الدين بالعين لذات المدين وذلك لأن المدين قـابض لما في ذمتـه فـإذا دفع ثمنه للدائن كـان هذا بيـع مقبوض بمقبوض وهذا جاء (٤٣) .

- إلا أن أصحاب هذا الاتجاه وإن اتفقوا على المبدأ العام وهو جواز بيع الدبن بالعين لذات المدين إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم بين موسع

---

(٤١) المحلى ، جـ ٩ ص ٥٦٥ ، المصنف للحافظ عبد الرازق ، جـ ٨ ص ٨٨ حديث ١٤٤٣٢ .

(٤٢) المصنف للحافظ عبد الرازق - نفس الموضع السابق .

(٤٣) أصـــول البيـــوع الممنوعة للشيخ عبد السميع إمام ، طبعة عام ١٩٥٧ ، ص ١١١ .

ومضيق لما اتفقوا على جوازه فمنهم من أطلق جواز بيع الدين بالعين ومنهم من قيد ذلك باشتراط حلول أجل الوفاء بالدين .

١ - القائلون بالإطلاق :-

– يذهب هذا الفريق إل جواز بيع الدين بالعين لذات المدين مطلقا أى سواء حل الدين الذى فى الذمة أم لم يحل بشرط أن يكون بسعر يومه وبأن يتم التقابض فى المجلس .

وعلى ذلك ذهب الأحناف وابن شعبان من المالكية والحنابلة على الصحيح والظاهرية غير بن حزم والزيدية وبعض الإباضية (٤٤) .

---

(٤٤) المبسوط للسرخسى ، جـ ١٤ ص ١١ ، وقد جاء به : « وعن ابراهيم أنه لم يكن يرى بأساً بإقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرضاً وكان بسعر يومه وبه نأخذ » .

– وجاء كذلك فى اللباب لإبن راشد البكرى ص ١٣٨ أن : « من صور غيبة النقد أن يكون غائباً عن المجلس لكنه في حكم الحاضر وهو فى الذمة وقد منعه أشهب مطلقاً وأجازه ابن شعبان مطلقاً .

وجاء فى الإنصاف للمرداوى جـ ٥ ص ٤٩ – ص ٥٠ : « يجوز اقتضاء نقد من آخر على الصحيح من المذهب وقال : فعلى المذهب يشترط أن يحضر أحدهما والآخر في الذمة مستقر بسعر يومه نص عليه ويكون صرفاً بعين وذمة وهل يشترط الحلول ؟ على وجهين أحدهما لايشترط وهو الصحيح والثاني يشترط » .

- ولقد تأيد هذا الاتجاه كذلك من قبل ابن عمر رضى الله عنهما والحسن والشعبى وطاوس والزهرى وعطاء (٤٥) .

- ولقد استدل أصحاب هذا المذهب لتأييد ما ذهبوا إليه بأدلة من السنة المعقل .

- **من السنة :-**

- حديث ابن عمر السابق والذى يدل على جواز بيع ما فى الذمة مطلقا حيث لم يسأل الرسول - ﷺ - عما إذا كان أجل الدين قد حل أم لم يحل بعد ولو كان بيان هذه المسألة والوقوف عليها سيغير من مضمون الفتوى لسأل عنها - ﷺ - وهو لم يفعل مما يفيد الجواز مطلقا .

======

- وجاء في المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ص ٥٦٥ : « وذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وأصحابنا إلى جواز أخذ الذهب من الورق والورق من الذهب » .

- وجاء فى التاج المذهب للصنعانى ، جـ ٢ ص ٣٧٩ : « وأعلم أن المال إذا كان فى ذمة أحدهما أو كلاهما فإن مافى الذمة يكون كالحاضر فلو كان فى ذمة رجل لرجل طعام فقضاه من جنس ذلك الطعام أو من غير جنسه صح » .

وفى نفس المعنى البحر الزخار لإبن المرتضي ، جـ ٣ ص ٣٨٩ .

(٤٥) ولقد أورد عبد الرزاق في مصنفه ، جـ ٨ ص ١٢٦ عن الثورى عن داود عن سعيد ابن جبير عن ابن عمر أنه كان لايرى بأساً أن يأخذ الدراهم من

======

- من المعقــــول :-

- إذا تم قضاء الدين بسعر يومه ولم ينقص من السعر شيء فإنه يكــون قـــد رضى بتعجيل ما فى الذمة بغير عوض فكأنه قضاه من

======

الدنانير والدنانير من الدراهم ، قال داود : كان سعيد بن جبير يفتى به ، وص ١٢٨ قال سفيان : « أخبرنى ليث عن طاووس أنه كرهه فى البيع ولايرى به فى القرض بأسا » .

- وفى نفس المعنى المحلى لابن حــزم ، جـ ٩ ص ٥٦٧ ، المبســوط للسرخسى ، جـ ١٤ ، ص ٣٦ .

- ولقد ذكر صاحب فتح البارى فى باب بيع الورق بالذهب نسيئة أن البيع أربعة أقسام : الأول : بيع النقد بمثله وهو المراطلة ، والثانى : بيع النقد بغيره وهو الصــرف ، والثالث : بيع العرض بنقد ويسمى النقد ثمناً والعرض عوضاً ، والرابع : بيع العرض بالعرض ويسمى مقايضة . وبين حكم ذلك بأنه إذا كان حالاً فهو جائز ، أما إن كان مؤجلاً نقدا بنقد فلا يجوز ، أما إن كان المؤجل هو العرض جاز ويسمى حينئذ بالسلم وإن كانا مؤخرين فهــو بيــع الدين بالدين وهو غير جائز إلا فى الحوالة عند من يقول إنها بيع .

- فتح البارى - شرح صحيح البخارى للإمام إبن حجر العسقلانى ،ص ٣٨٢ ، باب بيع الورق بالذهب نسيئة .

جنس الدين [٤٦] .

– فضلا عن ذلك فإن اختلاف الجنس لا يظهر الربا بخلاف ما إذا كان جنس الدينين واحدا [٤٧] .

٢ - القائلـــون بالتقيـــــــيد :-

– ذهـــب كل من الإمـــام مـــالك والشـــافـعـيـــة ورواية عند الحنابلة والإماميه [٤٨] وبعض الإباضـيـة وحكى عن عـمـر وابنه والحسن والثـورى

---

(٤٦) المغنى لابن قدامـه ، جـ ٤ ص ١٧٤ ، التـاج المذهب للصنعانى فى الفـقـه الزيدى ، طبعة أولى عام ١٩٢٧ ، جـ ٢ ص ٣٧٩ .

(٤٧) المبسوط للسرخسى ، جـ ١٤ ، ص ٣٦ .

(٤٨) ورد بالمدونة الكبرى للإمام مـالك ، جـ ٨ ص ١٢٧ « قلت : لو أن لى على رجل دراهم دينا من قرض أو من بيع الى أجل فأخذت بها منه دنانير نقداً أيجوز هذا فى قول مالك أم لا ؟ . قال لايجوز هذا ولايحل وهو من بيع الدراهم إلى أجل بدنانير نقداً لو كانت حالة لم يربه بأساً .

– جـاء فى تكملة المجموع ، جـ ١٠ ص ١٠٥ : « يشترط فى هذا القسم أن يكون الدين حالاً فلو أراد أن يأخذ على الدين المؤجل عوضاً قبل حلول الدين لم يصح » .

– أنظر كذلك : بداية المجتهد لابن رشد ، جـ ٢ ص ١٩٩ ، الفروع لإبن مفلح ، جـ ٤ ص ١٦٦ ، شرائع الإسلام ، جـ ١ ص ١١٠ ، وقوعد الأحكام فى معرفة الحلال والحرام لحسن بن مطهر الحلى ، جـ ١ ، ص ١٣٢ .

والأوزاعــــى وأبى ثور وسليمان بن يسـار ويحـيى بن سـعد وابن القـاسم وغيرهم (٤٩) أن بيع الدين بالعين لذات المدين جائز بشرط حلول الأجل .

– ولقــد اســتــدل أنصــار هذا المذهب بالسنة وقـول الصـحـابى والمعقول .

- **السنــــة** :-

– حديث ابن عمر السـابق ذكره ووجـه الدلالة منه أنه يجب قصـر جواز بيع الدين بالعين للمدين على حالة حلـول الأجــل فــــقط حـــــتي لا يتعـــارض مع الأحاديث الأخرى التى تدل على عدم جواز بيع الغائب بالناجــــــز .

– كذلك روى عن أبى سـعيد الخـدرى أنه قـال : أبصـرت عـيناى وسمعت أذناى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا

---

(٤٩) جاء في شرح النيل لأطفيش ، جـ ٨ ص ٦١٨ : « إذا كان لرجل على رجل دنياراً فاتفقا أن يعطيه صرف الدينار من الدراهم فإن ذلك لايجوز حين ذكر الصرف ولم يحضر الدينار » .

وجاء في المدونة جـ ٨ ص ١٢٨ : عن ابن لهيعة عن خالد بن أبى عمران وبكير ابن عبد الله عن سليمان بن يسار قال : « إن كان لرجل على رجل ذهب كالئه فلا يصلح له أن يقاطعه على ورق وينقده وجاء في المدونة أيضاً عن عبد الله بن عمر عن نافع أن رجلاً كان له على عبد الله بن عمر ذهباً سلفاً فجاءه يتقاضاه فقال يانافع إذهب فاصرف له أو أعطه بصرف الناس قلت فإن إراد أن يأخذها منى قال : إذا قامت على سعر فإراد أن يأخذها فأعطه إياها وقال مثل ذلك ابن القاسم وغيره .

تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشقوا بعضه على بعض ولا تبيعوا شيئا غائبا منه بتاجز إلا يدا بيد [٥٠] » .

- قـــول الصحـــابى :-

– روى عن ابن عمر أن بكر بن عبد الله المزنى ومسروقا العجلى سألاه عن كرى لهما له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق [٥١] .

– يدل المعقول على عدم جواز بيع الدين بالعين للمدين قبل حلول الأجل حتي لا تثور مظنه اتهام الدائن بأنه يكون قد ترك له الدراهم يوما أو يومين على أن يعطيه بها كذا وكذا دينارا ويكون أيضا تأخيره إلى أن يشتري له سلفا جر منفعة وكأنك أوجبت عليه فى دراهمك دنانير حتى يعطاها فصارا صرفا مستأخرا [٥٢] .

١٩ - الاتجاه الثانى : عدم جواز بيع الدين بالعين إلى المدين :-

– ذهب أشهب من المالكية وأحد قولى الشافعى وابن حزم الظاهري إلى عدم جواز بيع الدين إلى المدين مطلقا وعدم جواز أخذ

---

(٥٠) صحيح مسلم ، جـ ٥ ص ٤٢ .

(٥١) المغنى لابن قدامة ، جـ ٤ ص ١٧٣ – ص ١٧٤ .

(٥٢) المدونة ، جـ ٨ ص ١٠٩ .

شيء مكان آخر (٥٣) .

- أدلة هــذا الاتجـــاه : -

- استدل أصحاب هذا الاتجاه لما ذهبوا إليه بالسنة والأثر والمعقول .

- الســنــة : -

١ - حدثنا حفص بن عمر حدثنا شعبة قال : أخبرني حبيب بن أبي

---

(٥٣) جاء في تكملة المجموع للسبكي ، جـ ١٠ ص ١٠٣ : « روى كراهة ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وأبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود وأبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب وابن شبرمه وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ». وفي نفس المعنى لباب اللباب لابن راشد البكرى ص ١٣٨ .

- ولقد أورد عبد الرازق في مصنفه ، جـ ٨ ص ١٢٦ روايات عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بشأن حكم اقتضاء أحد النقدين من الآخر مرة بعدم الجواز ومرة بالجواز ثم قال عجباً من أهل البصرة والكوفة أهل الكوفة يروون عن عمر وعبد الله الرخصة وأهل البصرة يروون عنهما التشديد وروى النسائي عن سعيد ابن جبير أنه كره أن يأخذ الدنانير من الدراهم والدراهم من الدنانير .» .

- وفي نفس المعنى المحلى لإبن حـزم ، جـ ٩ ص ٥٦٧ ، تكملة المجـموع المجموع للسبكي ، جـ ١٠ ص ١٠٣ والبحر الزخار لإبن المرتضي ، جـ ٣ ص ٣٨٩ سنن النسائي ، جـ ٧ ص ٢٢٤ .

ثابت قال سمعت أبا المنهال قال : سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم رضى الله عنهم عن الصرف فكل احد منهما يقول : هذا خير منى فكلاهما يقول : نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الذهب بالورق دينا (٥٤) .

- وجه الاستدلال من الحديث أن الدين غائب عن مجلس العقد فيصدق عليه أنه بيع غائب بناجز ويشمله النهى عن بيع أحد النقدين بالآخر دينا وبذلك يكون محرما .

- ويمكن الرد على مضمون الإستدلال السابق بأن إدعاء غياب الدين عن المجلس غير قائم بل العكس هو الصحيح وأن المناجزة حاصلة بالتقابض إذ المدين قابض لما في ذمته فتبرأ تلك الذمة فى الحال لمجرد العقد.

٢ - نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الغرر وبيع الدين من باب الغرر لأنه بيع شىء لا يدرى أخلق بعد أم لم يخلق (٥٥) .

- ويمكن الرد على الاستدلال السابق بأن بيع الدين خرج عن نطاق ومفهوم الغر آية ذلك أن البدلين لا غرر فيهما إذ هما معلومان قدراً وصفته

---

(٥٤) فتح البارى - شرح صحيح البخارى للإمام ابن حجر العسقلانى ، المجلد الرابع ، طبعة دار الفكر ص ٣٨٢ - ص ٣٨٣ .

(٥٥) صحيح مسلم - جـ ١ ، ص ٥٦ .

فمن أين يأتى الغرر حيث قد علم الدين قدرا وصفة وهو مقبوض لتعلقه بذمة المدين كذا البدل معلوم قدرا وصفة وقد قبض فى مجلس العقد .

- الإستـــدلال بالاثـــــر : -

- روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رض الله عنه أنه نهى عن بيع الدين بالعين (٥٦) .

- إلا أن هذا الاستدلال مردود بما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه حينما سئل عن أخذ دنانير قضاء عن دراهم فقال : ائت بها الصيارفة فاعرضها عليهم فإذا قامت على سعر فإن شئت فخذها وإن شئت فخذ مثل دراهمك مما يدل على إجازته رضى الله عنه أخذ الدنانر عن الدراهم طالما تم الوقوف على قدر صرفها (سعرها) عند الصيارفة .

- الاستـــدلال بالمعقـــــول : -

- إن ما فى الذمة معدوم فليس كالحاضر وإن لم يكن معدوما فإنه تحف به مظنة العدم لهذا لا يجوز (٥٧) .

- إلا أنه يمكن الرد على الإستدلال السابق بأنه يتعارض مع قوله - صلى الله عليه وسلم -: « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها . »

---

(٥٦) المحلى ، جـ ٩ ، ص ٦٢ .

(٥٧) البحر الزخار لإبن المرتضى ، جـ ٣ ص ٣٨٩ .

٢٠ - رأينا الخاص في المسألة : -

- لا شك أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بجواز بيع الدين بالعين لذات المدين مطلقا أى سواء حل الأجل أم كان الدين مؤجلا هو الراجح لموافقته لأصول الشريعة الإسلامية وهو قضاء رسول الله ﷺ - فضلا عن ذلك فليس هناك من ضرر أو مفسدة من بيع الدين بالعين بل على العكس فإنه يترتب على ذلك البيع مصلحة معتبرة من جانب الشارع تتمثل فى براءة ذمة المدين مما كان يشغلها من دين وفى المقابل فقد استوفى الدائن حقه طالما تحقق المقصود دون ضرر لاحق لأحد الطرفين ولم يصطدم بحكم من أحكام الشريعة الغراء فيكون موافقا مقتضيات الشريعة السمحة لأن المراد هو براءة الذمم .

- وترتيبا على ذلك يخرج بيع الدين بالعين للمدين عن نطاق النهى عن بيع الغائب بالناجز كما ينتفى الغرر طالما كان كل من البديلين معلوما قدرا أو صفة .

خاتمة الفصل الأول

– من استعراض موقف كل من القانون المدنى والفقه الاسلامى من تحديد طبيعة الوفاء بمقابل يمكن لنا إبداء الملاحظات الآتية : –

أولا – انتهينا بشأن تحديد طبيعة الوفاء بمقابل فى نطاق القانون المدنى – إلى أنه عقد غير مسمى وليس تجديدا للإلتزام نظرا للإختلاف الجوهرى بين النظامين ففى حين يشترط – لصحة الاعتياض – ضرورة الوفاء بالمقابل فورا إلا أن هذا ليس بشرط لصحة التجديد .

– واذا كانت طبيعة العقد غير المسمى تجيز تطبيق أحكام العقد المسمى الذى يشاركه بعض خصائصه الجوهرية فإن عقد الإعتياض تطبق عليه بعض أحكام البيع والوفاء .

ثانياً – لا يعد الوفاء بمقابل بيعا ولا مقايضة لأنه وإن كان يحمل بعض مظاهر كلا العقدين إلا أنه يختلف معهما فى طبيعته خاصة فى حالة استحقاق المقابل فلو اعتبرنا العقد بيعا ما استطاع المدين استرداد المقابل نظرا لملكية الدائن له بالبيع عل العكس من ذلك لو كان وفاء بمقابل لاستطاع المدين الاسترداد إما استنادا لإنعدام السبب أو لرد غير المستحق .

أضف إلى ذلك أن الاعطاء فى كل من البيع والمقايضة إعطاء تعاقدى بحسبانهما من العقود المنشئة للإلتزامات بينما الإعطاء فى الوفاء بمقابل إعطاء وفائى .

ثالثاً - اشترط الفقه الاسلامى ضرورة الفورية فى أداء المقابل بأن يكون التقابض فى مجلس العقد واعتبروا أن تراخى الأداء لما بعد مجلس العقد يثير مظنة الربا وإن كان الأحناف أجازوا تراخى التقابض لما بعد مجلس العقد فى حالة ما إذا فهم أن العوض يمثل بعض عين الحق وأضاف المالكية لذلك اشتراط القدرة على التسليم كما فى البيع وذلك على خلاف الشافعية الذين يشترطون لصحة الاستبدال ضرورة التقابض فى مجلس العقد :

رابعاً - أجاز الحنابلة الوفاء بجنس الحق مع الحط منه بعض الشيء أو هبة بعضه للمدين استنادا لحديث كعب بن مالك المتقدم .

خامساً - اصطلح الفقهاء المسلمين على اعتبار الوفاء بمقابل من قبيل الاستبدال وهو عبارة عن صلح إلا أنهم لم يعطوه وصفا واحدا فتارة يوصف بأنه بيع ويشترط لصحته القدرة على التسليم وتارة يوصف على أنه قرض وثالثه على أنه إجارة مع اشتراط أن يكون الاستيفاء بقدر المنفعه .

سادساً - لم يتفق فقهاء المسلمين على كلمة سواء بالنسبة للإستبدال فمنهم من قال بجوازه ومنهم من منع ذلك ومن أجازوه انقسموا فيما بينهم فمنهم من أطلق الإجازة ومنهم من قيدها باشتراط حلول أجل الدين .

سابعاً - يتفق الفقه الاسلامى مع القانون المدنى على أن للوفاء بمقابل طبيعة مزدوجة تتمثل فى انقضاء الدين الأصلى وإحلال آخر محله

تسمى هذه العملية فى نطاق الفقه الاسلامى - بالاستبدال بينما فى نطاق القانون المدنى تسمى بالإعتياض .

كذلك يتفقان فى اشتراط التقابض الفورى للمقابل للقول بالإستبدال أو الاعتياض .

ثامنا - يمتاز الفقه الإسلامى بأنه يعطى للطبيعة المزدوجة للوفاء بمقابل الوصف الذى يتم به فإذا كان صرفا فيشترط التقابض فى المجلس واذا كان بيعا اشترط فيه القدرة على التسليم وإذا كان حطا فتشترط البراءة أو الهبة وهكذا يضع الفقه الاسلامى السياج الآمن لكل التصرفات الانسانية فى المعاملات المالية بما يبعدها عن شبهة الحرام .

الفصل الثانى

مقومـــات الوفـــاء بمقابـــل

(الاعتــيـــــاض)

٢١ - تمهيد وتقسيم :-

– القاعدة العامة تقضى بضرورة قيام المدين بالوفاء بما التزم به أصلا فلا يقبل منه أن يعرض على الدائن أداء مغايرا للأداء الأصلى بل إن الدائن لا يستطيع إجباره على ذلك .

– إلا أن المشرع سمح للطرفين بأن – يستبدلا بالأداء الأصلى أداء آخر بالوفاء به تبرأ ذمة المدين قبل دائنه وهذا ما نصت عليه المادة (٣٥٠) من القانون المدنى والتى جرت عبارتها على أنه « إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق قام هذا مقام الوفاء » .

– يفيد النص السابق بعبارته أنه لكى نكون بصدد وفاء بمقابل يجب الاتفاق بين الدائن والمدين على ذلك فضلا عن تنفيذ هذا الاتفاق على الفور .

٢٢ - تقسيم :-

- نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ثم نعقبهما بخاتمة وذلك على النحو التالى :-

المبحث الأول : الإتفاق على الإعتياض .

المبحث الثاني : التنفيذ الفورى للإتفاق .

خاتمـــة الفصـــل الثانـــــى .

المبحث الأول

الإتفاق على الاعتياض

٢٣ - تمهد وتقسيم : -

- يقوم الإعتياض على مفترض أساسي مضمونه قيام المدين بالوفاء بشيء غير المتفق عليه أصلا مما يجب معه ضرورة الاتفاق على إجراء هذه العملية .

- وتجرى الصورة العملية للإعتياض على قيام المدين بمبلغ من النقود بإستبدالها بسيارة مثلا أو كمية من سلعة معينة يسلمها للدائن فورا وبذا تبرأ ذمته .

- ويثور التساؤل حول العله التى لأجلها يشترط ضرورة الاتفاق على الإعتياض وما هى عناصر هذا الإتفاق ثم ما هى طبيعة محل الإعتياض وهل يمكن إعمال أحكامه بصدد كافة أنوا ع الالتزامات أم أنه يجوز بالنسبه لبعضها بينما ينحسر مده عن البعض الآخر ؟ .

- للإجابة عن التساؤلات السابقة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى : -

المطلب الأول : العلة من اشتراط الإتفاق على الإعتياض وعناصره .

المطلب الثانى : طبيعة محل الإعتياض .

المطلب الأول

العلة من اشتراط الإتفاق على الإعتياض وعناصره

٢٤ - أولا - العلة من اشتراط الاتفاق على الاعتياض :-

- الأصل هو أن يكون الوفاء بالشيء الذى التزم به المدين وعلى ذلك لا يجوز للأخير إجبار الدائن على قبول شيء آخر حتى لو كان مساويا فى قيمته للشيء الذى التزم به أصلا أو حتى أعلى منه قيمة وفى المقابل لا يستطيع الدائن إجبار المدين على تقديم أداء غير ما التزم به أصلا حتى ولو كان أقل قيمة من المتفق عليه (٥٨) .

- والمبدأ السابق يجد صداه فى فكرة ضرورة قيام المدين بتنفيذ عين مالتزام به أيا كان مصدر التزامه فلو أنه التزم بمقتضى العقد بتسليم كمية من الحبوب من صنف معين فلا يجوز له العدول عن ذلك واستبدال الأداء بنقود مثلا ونفس الشيء إذا كان مصدر التزام المدين عملا غير مشروع أو فعل نافع كرد غير المستحق فإنه لا يجوز العدول عن الالتزام الأصلى واستبداله بأداء آخر .

---

(٥٨) فى هذا المعنى : د./ عبد الودود يحيى - السابق ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ ، د./ عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٣٦٣ د./ يس محمد يحيى - النظرية العامة للإلتزات - أحكام الإلتزام ، السابق ص ١٧٨ -

- وليس معنى ما تقدم عدم جواز تعديل محل التزام المدين ليكون شيئا غير ما اتفق عليه أصلا بل على العكس يجوز ذلك بشرط اتفاق الطرفين على هذا التعديل والعلة من الاتفاق هى عدم ترك أحد الطرفن يتلاعب بمقدرات العقد مثلا بما يضر بالطرف الآخر خاصة وأن المادة (١/١٤٧) من القانون المدنى تقرر أن : « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلابإتفاق الطرفين أوللأسباب التى يقررها القانون » .

ولقد استخلص من هذا النص ما يسمى بمبدأ لزوم العقد ومقتضاه أن الالتزام الناشىء من العقد تكون له قوة الإلتزام الناشىء من القانون أو بعبارة أخرى أن ما تعهد به المدين له نفس قوة ما يفرضه القانون [٥٩] واذا كانت الحقيقة أن نصوص العقد لا تعد نصوصا قانونية فقد أجاز المشرع للطرفين الاتفاق على تعديل التزامات العقد كأن يتفق على تغير محل التزام المدين بأن يدى للدائن نقودا بدلا من كمية من الحبوب وبذلك تبرأ ذمته نهائيا وهو ما يسمى بالإعتباض أو الوفاء بمقابل .

٢٥ - ثانيا - عناصر صحة الاتفاق على الاعتياض :-

- يلزم حتي يكون الاتفاق على الاعتياض صحيحا توافر الرضا على الاعتياض وأن يكون له سبب ومحل مشروعين ونظرا لأن الكلام في المحل قد أثار حوله الكثير من التساؤلات فقد آثرنا أن نفرد له مطلبا خاصا .

---

(٥٩) د./ عبد المنعم البدراوى - النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - جـ ١ - مصادر الإلتزام ، طبعة ١٩٧١ ، ص ٣٩٥ .

– ولهـــذا يجب أن يتم الرضـــاء بين كل من الدائن والمدين على الاعتياض (٦٠) ومضمون الرضاء فى هذه الحالة هو قبول الدائن وفاء لحقه شيئا غير المتفق عليه (٦١) .

– ويجب توافر الوضوح التام فى الاتفاق على الاعتياض بأن ينص صراحة أن هذا الاتفاق المراد منه استبدال الأداء الأصلى بأداء آخر تبرأ به ذمة المدين وإن كان يجوز استنباط الاعتياض ضمنا من عبارات الاتفاق فإذا غم الأمر فالأصل عدم الإعتياض .

– تطبيقا لذلك قضى بأنه : « إذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب فلا يعنى ذلك أنه نقل ملكية المحصولات إلى المؤجر بل أودعها عنده ضمانا للأجرة ووكله فى بيعها ليستوفى فى الأجرة منها فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطلان حجز وقعه أحد دائني المستأجـــر على هذه المحصـــولات بدعـــوى أن ملكيتها انتقلت إليه » (٦٢) .

---

(٦٠) د./ السنهورى – السابق ، ص ٧٩٨ – ص ٧٩٩ ، د./ حسام الأهوانى النظرية العامة للإلتزام – أحكام الإلتـــزام – الســابق ص ٤٥٠ ، د./ عبد الودود يحيي – السابق ص ٣٣٢ .

(٦١) د ./ عبد الودود يحيى – السابق ، نفس الموضع .

(٦٢) استئناف مختلط ١٩١٥/١/٦ ص ١٠٧ – مشار إليه – السنهورى – السابق ص ٧٩٩ مقرؤة مع هامش (٢) .

- يعالج الحكم السابق نزاعا عرض على المحكمة مقتضاه هو حصول الدائن (المؤجر) علي محصول الأرض الزراعية من المستأجر (المدين) الذى لم يوفى بأجره الأرض وسبب إثارة النزاع هو حجز ما للمدين لدى الغير الذى أوقعه دائنو المستأجر تحت يد المؤجر ومحله المحصول إلا أن المؤجر دفع ببطلان هذا الحجز بإدعاء أن يده على المحصول هى يد مالك وليس مودعا لديه من منطلق أن دين الأجرة استبدله الطرفان بالمحصول فيكون قد انقضى بالاعتياض عنه بذلك المحصول .

- إلا أن المحكمة قد استصحبت الأصل وهو عدم الاعتياض ويجوز للأفراد مخالفة هذا الأصل على سبيل الاستثناء ولكن يجب للقول بهذا الاتفاق على ذلك صراحة وبوضوح والشك فى قصد الطرفين يعود بنا إلى الأصل وهو عدم الإعتياض ولما كان الاتفاق بين الطرفين لم يحدد بوضوح العلة من تسليم المحصول للمؤجر فلا يمكن استنتاج الاعتياض من مجرد الواقعة المادية التى تمثلت فى تسليم هذا المحصول وانما الأرجح أنه تسلمه كضمان للأجرة فإذا لم يؤدها المستأجر كان المؤجر وكيلا عنه فى بيع المحصول واسيتفاء حقه منه وبالتالى يكون الحجز الذى أوقعه دائنو المستأجر صحيحا لأن ملكية المحصول ما زالت لمدينهم .

---

(٦٣) د./ البدراوى - السابق ص ٣٦٣ ، د. / فتحى عبد الرحيم - السابق ص ٣٦٨ ، د./ جلال على العدوى - أحكام الإلتزام ، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى - طبعة دار الفكر العربي ص ٩٥ ، د./ سمير تناغو ، أحكام الإلتزام والإثبات ، طبعة ١٩٨٨ - ١٩٨٩ ، ص ٥٢٥ .

– فإذا تم الاتفاق على الاعتياض فيجب أن تكون إرادة كل من طرفى هذا الاتفاق سليمة خالية من العيوب (٦٣) فلا يشوبها غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال وأن تتوافر الأهلية لديهما فتتوافر فى الدائن أهلية استيفاء الدين لأن الوفاء بمقابل ينطوى على معنى استيفاء الدين وتتوافر فى المدين أهلية التصرف إذ الوفاء بمقابل ينطوى بالنسبة له على معنى نقل الملكية والوفاء فى وقت واحد (٦٤) ويجب أن يكون للإتفاق سبب وسببه هو الوفاء بالدين الأصلى .

– إذا تم الاتفاق على الاعتياض على النحو المتقدم ونازع أحد الطرفين فى وجوده أو أنه كان يقصد معنى آخر غير الاعتياض كان إدعاؤه صحيحا لأنه يتوافق مع الأصل وهو عدم الاعتياض وعلى الطرف الآخر إثبات عكس ذلك طبقا لما تقضى به القواعد العامه من أنه لا يجوز إثبات ما تجاوز قيمته مائة جنيه إلا بالكتابه (م ٦٠ إثبات) وكذلك لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة (م ٦١ إثبات) .

– إلا أن الدائن إذا قبل من مدينه وفاء بغير ما هو مستحق أصلا دون تحفظ فإن ذلك يقوم مقام الوفاء من المدين غير أن تلك القرينة بسيطة يجوز للدائن اثبات عكسها بأن يثبت أن ما قبله كان على سبيل الوديعة أو الضمان حتى ينفذ مدينه الالتزام الأصلى (٦٥) وما ذلك إلا استصحاباً للأصل وهو عدم الإعتياض .

---

(٦٤) د./ السنهورى – السابق ص ٧٩٩ ، د./ البدراوى – السابق ص ٣٦٣ .

(٦٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ص ٢٣٧ .

٢٦ – والفقه الاسلامى لا يختلف عن القانون المدنى فى ضرورة أن يتوافر الاتفاق صراحة أو ضمنا على الاعتياض (الإستبدال) إذ المبدأ السائد هو عدم جواز إجبار الدائن على استيفاء حقه بغير الشيء المستحق أصلا وكذا لا يجوز أجبار المدين على الوفاء بغير ما هو مستحق فى ذمته حتى لو كان أقل فى قيمته أو قدره ويجب أن يستوفى هذا الاتفاق شروط صحته بأن تتوافر لدى كل من طرفيه الاراده السليمه الخالية من العيوب وأن يكون للإتفاق سبب يتمثل فى الوفاء بالدين الأصلى .

المطلب الثانى

طبيعة محل الاعتياض

٢٧ - أولا - تحديد طبيعة محل الاعتياض فى القانون المدنى :

- للقول بوجود الاعتياض يجب أن يتوافر فى محل اتفاق الطرفين شرطين : -

الأول :-

- أن يكون محل الاعتياض مخالفا للأداء الأصلى وغير داخل فى نطاقه (٦٦) .

- فإذا تمثل الإلتزام الأصلى فى قيام المدين بإعطاء الدائن مبلغا من النقود اتفق على استبداله بسيارة أو منزل مثلا فإننا نكون بصدد إعتياض .

- وعلى العكس من ذلك لو تمثل التزام المدين منذ البداية فى الوفاء بشىء من جملة أشياء وللمدين اختيار ما يوفى به وتم ذلك فلا نكون بصدد وفاء بمقابل وإنما بصدد التزام تخبيرى (م ٢٧٥ مدن) أما لو كان أداء المدين فى الأصل واحدا ولكن سمح له أن يستبدله بأداء آخر فلا تكون فى هذه الحالة أيضا بصدد وفاء بمقابل وانما يسمى بالإلتزام البدلى (م ٢/٢٧٨ مدنى) صحيح أن محل الالتزام البدلى واحد منذ البدايه ولكن ومنذ البدايه كذلك يسمح للمدين بإستبدال هذا الأداء الأصلى

---

(٦٦) د./ السنهورى - السابق ص ٧٩٩ ، د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٤٥١ ، د./ البدراوى - السابق ، ص ٣٦٣ .

بأداء آخر تبرأ به ذمته ويكون حكمه وكأنه الأداء الأصلى فى حين أنه فى الوفاء بمقابل يتراخى إختيار البديل إلى ما بعد ابرام العقد أى أن المدين منذ الأصل ملتزم بأداء واحد لا بدل ثم تطرأ عملية الاستعاضة فيما بعد وباتفاق جديد فتقديم أحد الشيئين فى الالتزام البدلى أو التخييرى لا يعد وفاء بمقابل لأن الشيء داخل أصلا فى نطاق الالتزام الأصلى (٦٧) .

– ونود أن ننبه لنقطة هامة فى هذا الصدد وهي أننا إذا اشترطنا مخالفة المقابل للأداء الأصلى فإننا قد نواجه فى بعض الفروض أن المقابل من جنس الأداء الأصلى ومع ذلك نكون فى دائرة الوفاء بمقابل وذلك لا يحدث إلا فى نطاق الأشياء القيمية والتي لا يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء والتى على الرغم من أن بعضها قد ينتظمه جنس واحد إلا أن بينها من عناصر الإختلاف ما يحول دون التطابق بينها .

– ولنعط لذلك مثالا : لو أن المدين التزم بنقل ملكية أرض زراعية مساحتها عشرة أفدنه فى حوض معين إلا أنه ولظروف خاصة قدرها الدائن لم يتمكن من تنفيذ التزامه فعرض على الدائن استبدالها بمساحة مماثلة ولكن فى حوض زراعى آخر فقبلها الدائن فهنا نكون بصدد وفاء بمقابل لأنه وبالرغم من أن البدلين من جنس واحد إلا أن الأراضى

---

(٦٧) د./ البدراوى – السابق ، ص ٣٦٤ – د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٥٦ مقروءه مع هامش (١) . د./ عبد الودود يحيى – السابق ، ص ٣٣٣ ، د./ السنهوري – السابق ص ٨٠٠ . د./ أحمد حشمت أبو ستيت – نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى ، طبعة ١٩٤٥ .

الزراعية تتفاوت قيمتها بتفاوت المناطق المتواجدة فيها من حيث الموقع ودرجة الخصوبة والقرب والبعد عن المناطق السكنية وموارد المياه وعما إذا كانت تروى بآلات ميكانيكية أو بالطريق اليدوى أو كانت فى مستوى المياه لدرجة أنها لا تحتاج لتدخل فى ريها سوى فتح السدود فقط .

– أما الأشياء المثلية فمعلوم أن بعضها يقوم مقام بعض عند الوفاء (م ٨٥ مدنى) أو هى تلك الأشياء التى لا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ولذلك تقدر فى التعامل بالعد أو المقاس أو الكيل أو الوزن دون إلتفات لآحادها (٦٨) وفى هذه الحالة لو التزم المدين بتسليم كمية من القمح من

---

(٦٨) أنظر فى تفصيل الكلام عن الأشياء المثلية والقيمية : د./ أحمد سلامه – المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثانى – مقدمة القانون المدنى – « نظرية الحق » طبعة عام ١٩٧٤ – دار النهضة العربية ص ٢٣٥ وما بعدها ، د./ نعمان جمعه – المدخل للعلوم القانونية ، طبعة عام ١٩٧٧ ص ٥٤٤ وما بعدها ، د./ أحمد شرف الدين – مقدمة القانون المدنى « نظرية الحق » طبعة عام ١٩٨٧ ص ٢٨٠ ومابعدها ، د./ عبد الودود يحيى – محاضرات فى المدخل لدراسة القانون « نظرية الحق » طبعة ١٩٦٩ ص ١١٩ ومابعدها ، د./ على حسين نجيده ، المدخل لدراسة القانون – نظرية الحق – طبعة عام ١٩٩١ ص ٢٥٢ ومابعدها .

– وراجع فى الفقه الإسلامى : د./ محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامى – طبعة عام ١٩٧٠ ص ٤٧٩ ومابعدها ، د./ مصطفى أحمد الزرقاء – الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، جـ ٣ ، الطبعة السادسة – دار الفكر ص ١٣٠ ومابعدها ، د./ محمد مصطفى شلبى – المدخل فى الفقه الإسلامى ، طبعة ١٩٨٥ ص ٥٥٠ ومابعدها .

درجة معينة وتم افرازها فمعنى ذلك أن المشترى أصبح مالكا لها من وقت هذا الافراز إلا أن البائع لم يستطيع تسليمه هذه الكمية لسبب ما فعرض عليه نفس القدر من القمح وبنفس الدرجة من كمية أتت إليه فهنا لا نكون بصدد وفاء بمقابل لعدم اختلاف المقابل عن الأداء الأصلى بل لا نسمى الكميـــة المزمـــع تسليمها بأنها مقابل لعدم المغايرة فى الطبيعة أو الصفات .

- الــــثاني : -

- أن يكون القصد من الاعتياض نقل ملكية شيء أو تقرير حق عينى عليه كالانتفاع مثلا (٦٩) .

- *وترتيـــــبا علـــى ذلـــــك :*

١ - لا يجـــوز أن يكون العمل أو الامتناع عن العمل محلا للإعتياض (٧٠) بل إننا نكون فى هذه الحالة أمام تجديد للإلتزام بتغير محله فلو اتفق صاحب مسرح مع ممثل على أن يقوم بتمثيل دور معين على مسرح الأول فى مقابل مبلغ من المال ثم بدا للممثل عدم تنفيذ هذا الالتزام

---

(٦٩) د./ سليمان مرقس - السابق ص ٧٢٥ ، د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٤٥١ ، د./ السنهورى - السابق ص ٨٠٠ .

(٧٠) د./ السنهورى - السابق ص ٨٠٠ ، د./ عبد الحي حجازي - السابق ص ٢٥٥ ، د./ حسام الأهواني - السابق ص ٤٥١ .

وبدلا منه اتفق مع صاحب المسرح على أن يخرج له مسرحية معينة فلا يعتبر هذا وفاء بمقابل لأننا فى الواقع أمام عقدين متعاقبين فى العقد الأول التزم الممثل بأداء دور معين وهذا الالتزام انقضي بإتفاق الطرفين وفى العقد الثانى التزم الممثل بالقيام بالإخراج وهذا التزام جديد نشأ بعد انقضاء الإلتزام الأول .

– وكذلك الحال لو اتفق المقترض مع المقرض على أن يقوم الأول بعمل معين للثانى بدلا من أداء مبلغ القرض (٧١) .

– وعلى العكس من ذلك ذهب البعض إلى القول بجواز أن يكون محل الإعتياض قيام المدين بعمل معين لحساب الدائن عوضا عن نقل ملكية الشيء (٧٢) .

– ونحن نميل إلى ترجيح الرأى الثانى وهو جواز أن يكون العمل أو الامتناع محلا للإعتياض وتفصيل ذلك أن هدف الدائن – وقد رضى بمقابل للأداء الأصلى – هو القيمة المالية لهذا المقابل بصرف النظر عن طبيعته فإذا اتفقنا على ذلك فلا شك أن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل مثل فى حد ذاته قيمة مالية سواء بالنظر إلى الدائن أو المدين به وبالتالى يقع فى دائرة المعاوضات ولذا يصح به الاعتياض .

---

(٧١) د./ السنهورى ، ود./ عبد الحى حجازى – الموضع السابق .
(٧٢) د./ محمد لبيب شنب – السابق – ص ٢٧٣ .

– ولا يقدح فى ذلك أن الأداء الأصلى كان يتمثل فى نقل ملكية شىء لأن الدائن بإستعاضته للمقابل عن هذا الأداء إنما وضع فى اعتباره القيمة المالية وحسب وعلق على آدائه براءة ذمة المدين فيستوى عنده أن تتمثل تلك القيمة المالية فى نقل ملكية شىء أو أداء عمل أو امتناعاً عن عمل فلو أن الدائن استعاض عن نقل ملكية شىء بقيام المدين أو شخص من قبله بأداء عمل معين كرسم لوحة أو بتمثيل دور فى مسرحية كعوض له عن نقل الملكية فإننا نكون فى دائرة الإعتياض لأن القيام بالعمل وإتمامه سيوفر على الدائن نفقات استجلاب ممثل آخر أو فنان ليقوم بأداء هذا العمل وقل نفس الشىء فى حالة قبول الدائن للإمتناع عن عمل خاصة إذا كان المدين من الفنانين المشهورين على الصعيد الجماهيرى فلو أنه كان مدينا بنقل ملكية سيارة ولم يستطيع تنفيذ هذا الالتزام فيجوز للدائن أن يستعيض عن ذلك بتوقيع عقد تمثيل لهذا الممثل على مسرح الدائن مع التزامه بالإمتناع عن التمثيل خلال هذه المدة لدى غيره ولا شك أننا نكون فى هذه الحالة بصدد اعتياض لأن الإمتناع عن العمل فى ذاته قيمة مالية للدائن تتمثل فى الجذب الجماهيرى الهائل بما يستتبع إرتفاع العائد المالى وفى نفس الوقت ضمان عدم المنافسة من قبل مسارح أخرى نتيجة التزام المدين بالإمتناع عن التمثيل عليها .

– ورب معترض على أن ذلك قد يتنافى مع مانشترطه من ضرورة فورية الأداء إلا أن الرد على ذلك يكون بالنفى لأن القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل يمكن أن يتحقق على الفور منذ لحظة الاتفاق وإن استغرق تمام التنفيذ لبعض الوقت الذى قد يطول أو يقصر بحسب طبيعة

العمل أو الامتناع ومدة الالتزام به ونفس الشيء يقال إذا كنا بصدد نقل ملكية شيء فلو تمثل هذا الشيء فى منقول فليس معنى فورية الأداء أن تسليمه يتم فى لحظة واحدة بل على العكس قد يستغرق التسليم زمنا قد يطول أو يقصر بحسب كمية المنقول المراد تسليمه وظروف نقله ومسافة النقل ولا يختلف الأمر كذلك لو كنا بصدد نقل ملكية عقار لأن اجراءات التسجيل تأخذ وقتا ليس بالقليل وهكذا .

– بل إن اعتراضا قد يثور على بساط البحث وهو أن اتجاهنا هذا قد يتعارض مع عبارة نص المادة (٣٥١) من القانون المدنى والتى تتناول الأحكام التى تطبق على الوفاء بمقابل إذ يقرر النص المذكور أنه : « يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى فى مقابله الدين أحكام البيع ... » .

– وبنظرة متأنية لعبارة النص نرى أن هذا الاعتراض يتبدد فورا إذ أن المشرع علق تطبيق أحكام البيع لو أن محل الإعتياض تمثل فى نقل ملكية شيء معنى هذا أن محل الاعتياض قد يتمثل فى أداء آخر كالقيام بعمل أو امتناع عن عمل والقول بغير ذلك يعنى مصادرة آرادة المشرع هو أمر غير جائز ويتعارض مع أبسط قواعد التفسير .

٢ – كذلك لا يجوز أن يكون محل الاعتياض نقل حق شخصي (٧٣)

---

(٧٣) د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٥٧ ، د. عبد المنعم البدراوى –
=====

ومعنى ذلك لو أن المقابل الذي قدمه المدين للدائن تمثل فى حق للأول قبل الغير فلا نكون بصدد وفاة بمقابل وانما بصدد حوالة حق أو إنابة فى الوفاء وفى هذه الحالة لا ينقضي الالتزام إلا بتحصيل الحق أى أن الحوالة تحصل هنا لتمكين الدائن (المحال إليه) من استيفاء حقه ولا تحصل بإعتبارها فى ذاتها وفاء وعلى ذلك فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا إذا قبض الدائن قيمة الحق المحول إليه فى حين أنه فى الوفاء بمقابل ينقضى الالتزام فورا من وقت الاتفاق على الوفاء (٧٤) .

– وعلى العكس من ذلك إذا كان الحق الشخصى قد اندمج فى سند لحامله فإن تسليم هذا السند للدائن يعد بمثابة وفاء بمقابل لأن التسليم فى هذه الحالة بمثابة نقل الملكية (٧٥) .

٣ – واذا كان الإتفاق على أن يحرر المدين للدائن شيكا أو كمبيالة بمبلغ الدين فإن ذلك يعد وفاء بالدين الأصلى وليس وفاء بمقابل (٧٦) الا أننا نرى أن ذلك لا يصدق إلا اذا كان المدين ملتزم أصلا بمبلغ من النقود

السابق ، ص ٣٦٤ . وأنظر عكس ذلك د./ اسماعيل غانم – السابق ص ٤١٣ حيث يرى توافر الوفاء بمقابل فى تلك الحالة .

(٧٤) د./ عبد الحى حجازي – الموضع السابق ، هامش (٣) .

(٧٥) د./ عبد المنعم البدراوى – السابق ص ٣٦٤ .

(٧٦) د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٤٥٠ .

وبدلا من أن يسددها للدائن نقدا حرر له بها شيك أو كمبيالة أما لو كان المدين ملتزما بنقل ملكية شيء استعاض عنه بمبلغ من النقود حرر عنه شيكا أو كمبيالة فإننا لا نكون بصدد وفاء بمقابل إلا اذا كان الشيك مقبول الدفع أما بالنسبة للكمبيالة فعادة ما تدفع قيمتها من قبل المسحوب عليه فى وقت مغاير لتاريخ تحريرها مما يفقد الوفاء بمقابل طابعه المميز وهو فورية التنفيذ وبالتالى نكون بصدد تجديد للإلتزام .

٤ - قد تتعطل أحكام الوفاء بمقابل لإعتبارات اجتماعية وانسانية وذلك إذا قرر المشرع أن الوفاء بمقابل تحوط به مظنة استغلال أحد طرفى العلاقة للآخر خاصة اذا كان الطرف الأخير ضعيفا فإن توافر ذلك فالإعتياض هنا يكون باطلا ويجب الوفاء بالأداء الأصلى .

- وهذا ما قرره المشرع فى قانون العمل بالنسبة لأجر العامل إذ لوحظ أن بعض أصحاب الأعمال يلزمون العمال بشراء سلع أو بضائع مما ينتجه صاحب العمل وذلك بجزء من أجرهم مما يحمل معه شبهة استغلال العامل وتحقيق أرباح طائلة على حسابه فضلا عن إمكانية تحكم رب العمل فى أجر العامل وتخفيضه عن طريق رفع سعر تلك السلع مما اضطر المشرع إلى التدخل بنص صريح وحظر هذا الأمر إذ تنص المادة (٣٩) من قانون العمل على أنه : « لا يجوز إلزام العامل بشراء أغذية أو سلع من محال معينة أو مما ينتجه صاحب العمل » .

- ولهذا النص مثيل فى فرنسا هو نص المادة (١٤٨/١) من قانون العمل الفرنسى بعد أن لاحظ المشرع هناك أن بعض أصحاب

المنشآت يقسمون أجر العامل إلى جزئين الأول يعطى عنه بونات يشترى بها العامل بعض الأغذية أو الملابس وعادة ما تكون من انتاج صاحب العمل والجزء الثانى من الأجر يعطى نقدا مما دفع العمال إلى الشكوى من هذا الوضع مما اضطر المشرع الفرنسى إلى إصدار النص السابق والذى حظر بمقتضاه الزام العامل بشراء أغذية أو بضائع بل وسع من نطاق الحظر بأن منع فتح محلات للبيع فى داخل أماكن العمل .

– وتجدر الاشارة الى أنه يجب عدم الخلط بين ما سبق وبين منح العامل بعض الميزات العينية لأن تلك الميزات وبنص القانون تعد جزءا من الأجر (٧٧) .

٢٨ - ثانيا - تحديد طبيعة محل الاعتياض فى الفقه الاسلامى : -

– المبدأ السائد لدى فقهاء المسلمين هو جواز الإستبدال (الاعتياض) فى محل سائر الديون كالقرض وثمن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك .

– إلا أن الخلاف قد ثار حول عدة مسائل كمدى جواز بيع رب المال

---

(٧٧) د./ حسام الأهوانى – شرح قانون العمل – طبعة ١٩٩١ ص ٢٦٥ ، حيث تناول سيادته تفصيلاً تلك المسألة . وأنظر كذلك : نقض مدنى ١٩٨٧/٢/٩ – الطعن رقم ٢٠٢ ، السنة ٥٠ ق المحاماة – السنة ٦٩ – مايو ويونيو ١٩٨٩ ص ٧ .

رأس مال السلم بعد فسخ العقد وقبل القبض ومدى جواز حدوث الاستبدال عند تصدق الشخص بدينه الذى ما زال فى ذمة المدين وهل يجوز بيع الدين بالدين ؟ وما مدى جواز استبدال مال القرض والمبيع ؟ تلك تساؤلات خمسه نتولى بيان وجهة نظر فقهاء شريعتنا الغراء فيها تباعا وقبل ذلك نوضح مفهوم الإستبدال فى الفقه الاسلامى وذلــــك علـــى النحو التالى :

١ – مفهوم الاستبدال .

٢ – مدى جواز بيع رأس مال السلم بعد فسخ العقد .

٣ – مدى جواز وقوع الاستبدال فى الصدقة .

٤ – مدى جواز بيع الدين بالدين .

٥ – مدى جواز استبدال مال القرض .

٦ – مدى جواز استبدال المبيع .

١ - مفهـــــوم الإستــــــبدال : -

- يرى الأحناف أن الإستبدال بمثابة صلح فلو ادعى شخص ملكية دار معينة أو أرض زراعية أو فضاء أو عرضا من عروض التجارة ووافقه المدعى عليه فى ادعائه ثبت له الحق فى استيفاء ما ادعاه ويجوز لخصمه أن يصالحه عن ذلك بنقود معلومة أو بعقار معلوم أو عرض معلوم والصلح فى هذه الحالة جائز ويكون حكمه حكم البيع ولا يشترط المساواة فى القيمة فيستوى أن يكون البدل أقل أو أكبر - قيمة من المال المبدل [٧٨] .

- ولا يختلف الأمر لدى المالكية فعندهم الإستبدال عبارة عن صلح إلا أنهم وضعوا ضوابط لهذا الصلح فهو لديهم على نوعين : -

- الأول : -

- الصلح عن دين بما يباع كمن يدعى أنه دائن لفلان بعرض أو حيوان أو طعام فيقر له المدعى عليه ولكن لا يسلمه عين ما ادعى به بل يصالحه عليه ويستبدله بدنانير أو دراهم مثلا وهذا هو جوهر الإعتياض أو الوفاء بمقابل وهو سبيل لإنهاء النزاع بين الطرفين صلحا [٧٩] .

---

(٧٨) بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٦ ص ٤٣ - ص ٤٥ ، والمادة (١٠٣٠) من مرشد الحيران .

(٧٩) حاشية الدسوقى ، جـ ٣ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .

- الثـــانى :-

- الصلح على عوض وهو جائز ويأخذ حكم البيع سواء كان محل الإستبدال عينا معينة أو دينا إلا أن المالكية يمنعون الصلح فى حالة ما إذا كان ذريعة إلى الحرام (٨٠) .

- أما الحنابلة فقد فصلوا الأمر ووضعوا له ضوابط واضحة فنراهم يشترطون لوقوع الاستبدال أن يكون محله مخالفا للأداء الأصلى .

- وعلى ذلك لو تم الوفاء بجنس حـــق الدائـــن فهذا يعـــد وفاء لا إستبدالا وعلى العكس من ذلك لو تم الصلح عن الحق المقربه على غير جنسه معاوضة وقع الاستبدال كأن يعترف له بعين فى يده أو دين فى ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به (٨١) .

- ولقد قسم الحنابلة هـذه المعاوضة ثلاثة أقســام :-

أ - أن يقر المدين بنقد معين فيصالح الدائن على نقد آخر كأن يكون مدينا بمائة دينار فيسلم الدائن مائة درهم أو العكس وفى هذه الحالة يشترط لصحة الإستبدال التقابض فى المجلس .

---

(٨٠) القوانين الفقهية لإبن جزئ ، ص ٢٢١ - ٢٢٢ .

(٨١) المغنى والشرح الكبير ، جـ ٥ ص ٦٥٣ ، طبعة ١٩٨٣ م - ١٤٠٣ هـ .

ب - أن يكون المدين مدينا للدائن بعروض فيؤدى إليه أثمانها نقودا أو العكس وتأخذ العملية حينئذ حكم البيع وتطبق أحكامه عليها .

جـ - أن يكون المدين ملتزما بأجرة أو بأداء عمل معلوم للدائن فالإستبدال فى هذه الحالة يأخذ حكم الإجارة وتسرى أحكامها عليه .

٢ - مدى جواز بيع رأس مال السلم بعد فسخ العقد :-

- لقد أثير التساؤل حول مدى جواز أن يبيع رب المال رأس مال السلم بعد فسخ العقد وقبل القبض ؟

- الأصل عند الأحناف عدم جواز ذلك استحسانا وإن كان الإمام زفر الحنفى قد أجاز ذلك قياسا .

- ووجه القياس أن عقد السلم قد إرتفع بالإقالة لأن الإقالة بمثابة فسخ وفسخ العقد يعنى رفعه واذا إرتفع العقد العقد من الأصل عاد رأس المال إلى قديم ملك رب المال فكان محلا للإستبدال كما كان قبل السلم .

- حتى لو فرضنا أن عقد السلم كان فاسدا فيجب فى هذه الحالة على المسلم إليه رد رأس المال لفساد السلم ويجوز الاستبدال حائئذ فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون من القرض وثمن المبيع وضمان الغصب والإستهلاك كما يجوز الإستبدال بعد الإقالة فى الصرف [٨٢] .

---

(٨٢) بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٨١ .

– أما المالكية فإنهم يجيزون شراء المسلم فيه مطلقا غير أنهم استثنــوا مــن ذلك حالتين لا يجوز فيهما شراء المسلم فيه قبل قبضه وهما : –

أ – إذا كان المسلم فيه طعاما فيجب حتى يقع الاستبدال أن يتم قبضه .

ب – إذا لم يكن السلم فيه طعاما فأخذ عوض المسلم فيه عرضا فلا يجوز أن يقع الإستبدال لأن اعتبار العرض ثمنا غير جائز لأنه فى هذه الحالة سيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا جان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن ولن يخرج الأمر فى هذه الحالة عن أحد فرضين فإما أن يعتبر الثمن سلفا وزيادة إن كان العرض المأخوذ اكثر من رأس مال السلم وإما يعتبر الثمن ضمانا وسلف إن كان مثله أو أقل وهو أمر غير جائز .

– وعلى العكس من ذلك يجيز الإمام مالك أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وإن كان أقل جودة لأنه عنده من باب البدل فى الدنانير والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيله شعيراً .

– وكذلك يجوز شراء المسلم فيه إن كان رأس السلم عيناً وأخذ المسلم فيه عيناً من جنسه[٨٣] .

---

(٨٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، جـ ٢ ص ٢٠٥ – ٢٠٦ .

ويشترط الحنابلة لشراء المسلم فيه ضرورة تسليم الثمن عند المحل ، فإن تعذر ذلك فللمسلم الخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد أو يفسخ العقد والرجوع برأس ماله إن كان موجوداً أو مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً .

- إلا أن بعض الحنابلة يرون إنفساخ العقد بسبب العذر لأن المسلم فيه كان من ثمرة هذا العام وقد هلكت وذلك سبب كافى لإنفساخ العقد كمن أشترى قفيزاً[(٨٤)] من صبرة [(٨٥)] فهلكت فذلك سبب لإنفساخ البيع .

- إلا أن الرأي الأول هو السائد لدى الحنابلة لأن المسلم فى الذمة لا فى العين وتجوز الإقالة فى السلم كله إجماعاً وتجوز فى بعضه ، فإذا فسخ العقد رجع بالثمن أو ببدله إن كان معدوماً [(٨٦)] .

---

(٨٤) القفيز من المكاييل وهو مكيال تتواضع الناس عليه والجمع أقفزة - لسان العرب ص ٣٧٠١

(٨٥) الصبرة : بضم الصاد وفتح الراء : ماجمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض يقال : اشتريت الشئ صبرة أي بلا وزن ولا كيل . والمعني المراد أن الصبرة هى كومة الطعام كمن يضع الغلال والحبوب كومة بعضها فوق بعض ويأخذون منها المكيال المراد وهكذا . لسان العرب ص ٢٣٩٣ .

(٨٦) الكافى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل لموفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى ، جـ ٢ ص ١١٩ - ١٢٠ طبعة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

- ويرى الظاهرية أن من سلم فى شئ فضيع قبضه أو اشتغل حتى فات وقته وعدم فصاحب الحق مخير بين أن يصبر حتى يوجد وله أن يأخذ قيمته لو وجد فى ذلك الوقت من أى شئ تراضياً (٨٧) .

٣ - مدى جواز وقوع الإستبدال فى الصدقة :-

- أثير التساؤل حول مدى إمكانية القول بوجود الإستبدال فى حالة من يتصدق بدينه الذى هو عبارة عن دراهم فى ذمة المدين ثم يكلف شخصا آخر بقبضها منه فأخذ بدلا منها دنانير ؟

- هذا جائز عند الأحناف ويقع به الاستبدال وصورته أن يقول شخص لآخر وهبت لله الدراهم التى لى على فلان فاقبضها منه فقبض هذا الشخص مكانها دنانير والعلة فى الجواز هنا أن الحق صار للموهوب له فيملك الإستبدال (٨٨) .

٤ - مدى جواز بيع الدين بالدين :-

- القاعدة عند الشافعية هى عدم جواز بيع الدين بالدين إلا أنهم

---

(٨٧) المحلى لابن حزم الظاهرى ، جـ ٢ ص ١١٥ المسألة ١٦٢٢ .

(٨٨) الأشباه والنظائر لإبن نجيم ، ص ٣٥٧ ، طبعة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

استثنوا من ذلك الحوالة للحاجة .

– أما بيع الدين لمن هو عليه فذلك الإستبدال وهو جائز بشرط القبض فى مجلس العقد (٨٩) .

– وتطبيقا لذلك يجوز عند الوفاء بدين القرض استبداله وكذا استبدال بدل المتلف وقيمته وثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم وكذا الدين الموصى به (٩٠) .

٥ - مدى جواز استبدال مال القرض :-

– لا يجوز عند الحنابلة والمالكية أن يشترط المقرض على المقترض رد مال القرض بعينه (٩١) .

---

(٨٩) الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع الشافعية للسيوطى ، ص ٣٣٠ ، طبعة ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م .

(٩٠) المرجع السابق ، ص ٣٣١ .

(٩١) مجلة الأحكام الشرعية ، المادة (٧٤٦) .

– ويجوز للمقترض أن يتفق مع المقرض أن يستبدل القرض بخير منه أو دونه ولو بزيادة أو نقص في القدر أو الصفة من غير شرط [٩٢] وسواء كان ذلك في أجل الرد أو بعده فلا يلتزم المقترض رد عين مال القرض كل ما في الأمر هو وجوب رضاء الدائن المقرض بالبدل .

– وقد يحدث أن يعسر المقترض ولا يستطع رد مال القرض ولا بدله وفي هذه الحالة يجبر الدائن (المقرض) على الانتظار الى أن يوجد المال أو أن يرضى بأخذ قيمة القرض وهو عوض عين مال الدين [٩٣] .

٦ - مدى جواز استبدال المبيع :-

– إذا تصرف البائع في المبيع غير المنقول كعقار قبل قبض المشترى له بأمر منه (أى من المشترى) فان هذا التصرف صحيح عند الأحناف والحنابلة [٩٤] .

---

(٩٢) المرجع السابق ، المادة (٧٥٣) .

(٩٣) المغنى لإبن قدامه ، جـ ٤ ص ٣٦٥ ، القوانين الفقهية ، ص ١٩٠ ، المعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم ص ٢٣٥ ، طبعة ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م .

(٩٤) حاشية رد المحتار ، جـ ٥ ص ١٤٩ - الروض المربع للبهوتى وحاشيته لعبد الله عبد العزيز النقرى ، جـ ٢ ص ١٠٢ .

– مثال ذلك : أن يقوم البائع بهبة المبيع أو تأجيره أو اعارته أو رهنه وهذه كلها تصرفات جديدة تنشيء فى ذمة البائع التزاما جديدا وعليه الوفاء بها قبل من نشأ الإلتزام الجديد لمصلحته .

– بل إن للمشترى أن يتصرف فى المبيع قبل قبضه إياه بشرط أن يكون غير مكيل أو موزون أو معدود فان كان كذلك فلا يصح التصرف فيه قبل القبض .

– وكذلك إذا تعين ملك شخص فى موروث أو وصية أو غنيمة فله أن يتصرف فى أى من ذلك حتي قبل القبض (٩٥) .

---

(٩٥) المرجعين السابقين ، نفس الموضع .

المبحث الثانى

التنفيــذ الفــورى للإتفــاق

٢٩ – لا يكفى أن يتفق كل من الدائن والمدين على الاعتياض وأن تتوافر فى هذا الاتفاق شروط صحته بل يجب فضلا عن ذلك أن ينفذ الاتفاق على الفور (٩٦) .

– ونقل ملكية المقابل للدائن يتوقف بحسب طبيعة هذا المقابل فان كان منقولا معينا بذاته انتقلت الملكية فور ابرام العقد ووجب تسليم المنقول وإن كان معنيا بنوعه تراخى انتقال الملكية حتى تمام الإفراز أما لو كان المقابل عقارا فلا تنتقل الملكية فه إلا بالتسجيل (٩٧) .

---

(٩٦) د./ السنهورى – السابق ص ٨٠١ ، د./ جلال ابراهيم ، انقضاء الإلتزام ص ٢٢ ، د. حسام الأهوانى – السابق – ص ٤٥١ – ٤٥٢ ، د./ فتحى عبد الرحيم – السابق ص ٣٦٨ ، د./ عبد الودود يحيى – السابق ص ٣٣٣ ، د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٧٣ ، د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٥٦ .

(٩٧) د./ السنهورى – السابق ص ٨٠١ ، د./ حسام الأهوانى – السابق – ص ٤٥٢ .

٣٠ – واشتراط تعاصر الاتفاق مع إنتقال الملكية يترتب عليه أثره وهو انقضاء الالتزام (٩٨) ولكن يشترط حت تتحقق تلك النتيجة ألا يتوقف الأمر على مجرد نقل الملكية بل يجب فوق ذلك تسليم الشىء المقابل فور انتقال الملكية على أكثر تقدير لأن الدائن لا يعد مستوفيا لحقه فعلا إلا اذا تسلم الشىء المقابل الذى استعاض به عن الشئ المستحق ، ولهذا اذا لم يتسلم الدائن الشئ الواجب الوفاء به فلن يتعد الأمر مجرد الوعد بالوفاء بمقابل وليس الوفاء نفسه والذى لن تحقق إلا بتسلم الشىء (٩٩) .

– وتطبيقاً لذلك قضى بأن : « وفاء الديون بغير طريقة دفعها نقدا يجب أن يكون حاصلا باتفاق الطرفين . (الدائن والمدين المتعاقدين) وأن يكون فوق ذلك منجزا نافذا غير قابل للعدول عنه (١٠٠) » .

٣١ – وعلى العكس مما تقدم لو ورد مقابل الوفاء على شىء مستقبل أو كان تنفيذ الالتزام مؤجلا لوقت لاحق وغير منجز لم نكن بصدد وفاء بمقابل وانما بصدد تجديد (١٠١) .

---

(٩٨) د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٥٦ .

(٩٩) د./ حسام الأهوانى – السابق – نفس الموضع ، د./ عبد الحى حجازى – السابق ، ص ٢٥٧ .

(١٠٠) نقض مدنى فى ١٩٤٣/٤/١ – مجموعة أحكام النقض فى خمسة وعشرين سنة ، ص ٢٨٠ .

(١٠١) د./ حسام الأهونى – السابق ص ٤٥٢ ، د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٥٦ ، د./ عبد الودود يحيي ، السابق ص ٣٣٣ .

- وبرغم أن الوفاء بمقابل يشترك مع التجديد فى أن كلا منهما ترتب عله انقضاء التزام سابق إلا أن التجديد يقضى التزاما سابقا وينشىء التزاما آخر على عاتق المدين بدلا من الالتزام الذي انقضى فهو اتفاق منشىء للإلتزام فى الوقت الذى يقضى فيه على الالتزام السابق .

- أما الوفاء بمقابل فيترتب عليه تنفيذ الالتزام فورا وبالتالي انقضاء ذلك الالتزام دون أن ينشىء التزاما جديدا (١٠٢) .

- أضف إلى ذلك أن العلاقة القانونية تظل باقية فى التجديد ولكن بعد تغيير محلها أما فى الوفاء بمقابل فتنقضى العلاقة بعد استيفاء الدائن مقابلا للشىء المستحق أصلا (١٠٣) .

- وترتيبا على ما تقدم يتنافى مع فورية الأداء أن يتم الإعتياض بطريق الوصية وصورته أن يوصى المدين لدائنه بجزء من تركته كعوض عن عدم تنفيذ الأداء الأصلى وهذا أمر غير جائز لأن الوصية فضلا عن تراخى تنفيذها إلى ما بعد وفاة الموصى مصرا على وصيته فإنها تعد من التصرفات غير اللازمة إذ يستطيع الموصى أن يرجع عن وصيته فى أى وقت قبل وفاته (١٠٤) .

---

(١٠٢) د./ عبد الحى حجازى - السابق ص ٢٠٦ .

(١٠٣) المرجع السابق - نفس الموضع .

(١٠٤) فى تفصيل أحكام الوصية ، أنظر : د./ عبد المجيد مطلوب ، الميراث والوصية والوقف ، طبعة ١٩٩١ ص ٢٨١ ومابعدها ، د./ أحمد النجدى زهو -

٣٢ – وتطبيقا لذلك قضى بأن : « الوفاء لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائما ولا تنتقل ملكية الموصى به فى حياة الموصى [١٠٥] .

٣٣ – وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تنفيذ الإتفاق على الاعتياض فورا ليست محل اتفاق بين فقهاء المسلمين فبينما نجد الأحناف والشافعية يجيزون الاستبدال إلا أنهم لا يشترطون الفورية فى أداء المقابل [١٠٦] فى حين يشترط الحنابلة ضرورة قبض المقابل فى المجلس قبل التفرق [١٠٧] .

الوقف والوصية فى الفقه الإسلامى ، طبعة عام ١٩٩١ ، ص ١١١ ومابعدها ، د./ محمد عبد المنعم حبشي ، أحكام الوصية فى الفقه الإسلامى ، طبعة عام ١٩٨٤ ، ص ٥ ومابعدها .

(١٠٥) نقض مدنى ١٩٤٣/٤/١ – مجموعة عمر – الجزء الرابع رقم ٣٨ ص ٩٥ .

(١٠٦) بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٦ ص ٤٣ – ص ٤٥ ، المادة (١٠٣٠) من مرشد الحيران ، الأشباه والنظائر للسيوطى ، الموضع السابق .

(١٠٧) المادة (١٦٢٨) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل .

خاتمه الفصل الثانى

- تناولنا فى هذا الفصل مقومات أو أركان الإعتياض واستعرضنا تلك المقومات فى كل من القانون المدني والفقه الإسلامى ومن خلال هذا الاستعراض نبرز الآتى : -

١ - يتلاقي كل من القانون المدنى والفقه الاسلامى فى ضرورة الاتفاق على الاعتياض وأن يكون هذا الاتفاق واضحا سواء كان صراحة أو أمكن استنتاجه ضمنا ويجب أن يستجمع هذا الاتفاق عناصر صحته حتى يمكن الإعتداد به .

٢ - اشترط فقهاء القانون المدنى فى محل الإعتياض أن يكون مخالفا للأداء الأصلى وغير داخل فى نطاقه ومعنى ذلك أن المقابل لو كان من جنس الأداء الأصلي لم نكن بصدد وفاء بمقابل مع مراعاة ما أيدنياه من ملاحظة بشأن الأشياء القيمية والمثلية وأما عدم دخول المقابل فى نطاق الأداء الأصل فتعنى به ألا يكون التزام المدين تخييريا أو بدليا لأن اختياره لأداء من بين الأداءات المتاحة أمامه فى الالتزام التخييرى أو استبداله لأدائه بأداء آخر سمح له به الدائن فى العقد فان كلا من هذا وذاك إنما يعد من قبيل الوفاء بالأداء الأصل ولا اعتياض فيه .

- ويلتقى الفقه الاسلامى فى هذه النقطة مع فقه القانون المدني فاشترط فقهاء المسلمين ضرورة مغايرة المقابل للأداء الأصلى حتى أن الحنابلة اكدوا على ذلك صراحة واعتبروا أن المقابل لو كان من جنس حق

الدائن فهو وفاء لا استبدال (الاعتياض) .

- ومن بين شروط صحة الاعتياض ضرورة أن يكون الهدف من الاتفاق بين كل من الدائن والمدين هو نقل ملكية شيء أو تقرير حق عينى عليه مثلا مما يترتب عليه أن العمل أو الامتناع عن عمل لا يصلح محلا للإعتياض ومع ذلك هناك من يخالف ذلك ويرى أن قيام المدين بعمل لحساب الدائن يصلح محلا للإعتياض عن نقل الملكية وقد رجحنا هذا الرأى وسندنا فى ذلك أن الدائن - وقد رضى بالمقابل - لا يهمه سوى القيمة المالية للأداء بصرف النظر عن طبيعته وهو ما يتحقق فى العمل أو الامتناع عن عمل .

- أما فى نطاق الفقه الإسلامى فلا يفرق فقهاؤه بين ما إذا كان محل الإستبدال (الاعتياض) نقل ملكية شيء أو القيام بعمل ولعل السبب فى ذلك يرجع إلى أن الفقه الاسلامى يعتبر الإستبدال بمثابة صلح فهو عبارة عن تصالح بين الدائن والمدين على قيام الأخير بأداء مقابل عن التزامه الأصلى وبالتالى - يرد فقهاء المسلمين ما تصالح عليه الطرفان إلى نظام من نظم المعاملات القائمة بصفة مطلقة سواء كان بيعا أو اجارة أو أى نظام آخر وهذا عكس القانون المدنى الذى نظم الإعتياض كنظام مستقل وإن كان قد طبق عليه بعض مظاهر عقد البيع أو الوفاء فإنما كان ذلك لملاءمة تلك المظاهر لنظام الإعتياض وليس باعتباره نوعا منها .

٣ - كذلك إذا تمثل محل الإعتياض فى نقل حق شخص فان ذلك

يأخذ حكم حوالة الحق أو الإنابة فى الوفاء حسب الأحوال وهذا ما رجحه معظم فقهاء القانون المدنى وإن كان هناك من يري أنه رغم ذلك فاننا نكون فى نطاق الإعتياض .

– وقد رأينا أن رجال الفقه الإسلامي يجيزون أن يكون محل الاستبدال حوالة الحق فنراهم يجيزون الإستبدال فى الصدقة وصورتها أن يكون لشخص حق قبل آخر فيتصدق به لشخص ثالث وعلى الأخير قبضه من المدين مع جواز الإستبدال من دراهم إلى دنانير والعلة فى ذلك أن الحق صار للموهوب له فيملك الإستبدال .

– بل إن الشافعيته لم يجيزوا بيع الدين بالدين إلا أنهم استثنوا من ذلك الحوالة لحاجة الناس لهذا النوع من المعاملة .

٤ – لا يكفى الاتفاق بين الدائن والمدين على الاعتياض بل لابد فوق ذلك أن يتم التنفيذ الفورى لهذا الاتفاق وإلا وقعنا فى دائرة التجديد وخرجنا من نطاق الاعتياض .

– ومقتضى التنفيذ الفورى للإتفاق يعنى ضرورة تسليم الشىء محل الإعتياض إلى الدائن أو القيام بالعمل أو الالتزام بالإمتناع عن العمل فورا .

– ونتيجة لذلك انتهينا إلى أنه مما يتنافى مع فورية التنفيذ كون الوصية محلا للإعتياض فلا يجوز أن يتمثل أداء المدين الذى قدمه مقابلا للألتزام الأصلى فى وصية لأنه فضلا عن أن للموصى أن يرجع فى وصية

فى أى وقت قبل وفاته بحسبانها من التصرفات غير اللازمة فان الوصية لا تنفذ فى حياة الموصى بل يتراخى موعد التنفيذ إلى ما بعد وفاته مصرا على وصيته وهو ما يتنافى مع جوهر الإعتياض .

- والأمر عكس ذلك فى نطاق الفقه الاسلامى فالأحناف وإن كانوا قد أجازوا الإستبدال إلا أنهم لم يشترطوا الفورية فى أداء المقابل بل يجوز الاستبدال على التراخى مما فهم منه جواز جعل الوصية محلا له بل إن الشافعية أجازوا صراحة أن تكون الوصية محلا للإعتياض .

- أما الحنابلة فالمفهوم من مذهبهم هو عدم جواز أن تكون الوصية محلا للإستبدال والسبب عندهم أنهم يشترطون - لصحة الاستبدال قبض المقابل فى المجلس قبل التفرق .

الفصل الثالث

اثـار الوفـاء بمقابـل

٣٤ - تمهيد وتقسيم : -

– إذا تم الاتفاق صحيحا على الإعتياض وقام المدين بأداء المقابل فورا أنتج أثره وهو براءة ذمة المدين بانقضاء الدين .

– ونظرا لأن أحكام الوفـاء بمقـابل كـمـا قـررهـا المشـرع فى المادة (٣٥١) من القانون المدنى – تختلف عما هو عليه الحال فى الفقه الاسلامى والذى ينظر إلى الاتفاق على الإعتياض على أنه استبدال للدين الأصلى بمقابله فان الامر يقتضى منا تناول حكمه فى كلا النظامين على أن نعقد بينهما مقارنه فيما نخصصه من خاتمة فى نهاية الفصل .

– *وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين وخاتمة على النحو التالى : –*

المبحث الأول : آثار الوفاء بمقابل فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : آثار الوفاء بمقابل فى الفقه الاسلامى .

– خاتمـــــه .

المبحث الأول

آثار الوفاء بمقابل فى القانون المدنى

٣٥ - تمهيد وتقسيم :-

- تنص المادة (٣٥١) من القانون المدنى على أن : « يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شىء أعطى فى مقابلة الدين أحكام البيع وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ويسرى عليه من حيث إنه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » .

- يبين من النص السابق أن ثمة نوعين من الأحكام تطبق على الوفاء بمقابل ونقصد بذلك أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية فى الغالب الأعم من صوره وباعتباره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام فتطبق عليه أحكام الوفاء .

- *ولهذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى :* -

المطلب الأول : أحكام البيع التى تطبق على الوفاء بمقابل .

المطلب الثانى : أحكام الوفاء التى تطبق على الوفاء بمقابل .

المطلب الأول

أحكام البيع التى تطبق على الوفاء بمقابل

٣٦ - تمهيد :-

- نوه المشرع فى المادة (٣٥١) سالفة الذكر أن من بين الأحكام التى تطبق على الوفاء بمقابل بعض أحكام البيع وعلى الأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

- ولا يتطلب الكلام عن الأهلية الإتيان بجديد عما هو معلوم وفقا للمبادىء العامة التى تحكم التصرفات فيجب أن تتوافر فى المدين أهلية التصرف فى مقابل الوفاء وأن تتوافر فى الدائن أهلية استيفاء الدين (١٠٨) .

- وكذلك لا جديد يقال بالنسبة لضمان العيوب الخفية والذى نظمه المشرع فى المواد (٤٤٧ - ٤٥٥) من القانون المدنى ومضمون الحكم الذى أورده المشرع فى هذه المواد أنه يشترط فى العيب أن يكون مؤثرا

---

(١٠٨) د./ السنهورى - السابق ص ٨٠٨ ، د./ محمد شكرى سرور - السابق ص ٢٥٤ ، د./ حسام الأهوانى - السابق ص ٤٥٤ .

بحيث لو علم به المشترى قبل البيع ما تعاقد على شراء المبيع وحتى لو تعاقد لم يكن يدفع فيه ما قدمه من ثمن وللدائن (المشترى) أن يرد المبيع المعيب أو يستبقيه مع التعويض (١٠٩) .

– ولقد ثار التساؤل حول أحكام البيع التى ذكرها المشرع وهل وضعت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

– يذهب الرأى الراجح إلى أن تلك الأحكام وردت على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن هناك من أحكام البيع – التى لم يذكرها المشرع – مما تلائم طبيعة الوفاء بمقابل وبالتالى يمكن تطبيقها عليه من ذلك سريان أحكام حق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (١١٠) نقدى يدفعه الدائن للمدين (١١١) وحق الفسخ إذا لم يوفِ الدائن بهذا المعدل وكذلك حق تكملة

---

(١٠٩) فى تفصيل ذلك ، أنظر : د./ جميل الشرقاوى ، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة) طبعة ١٩٩١ ص ٣١٠ ومابعدها ، د./ محمد نصر – عقد البيع طبعة ١٩٨٩ ص ٣٢٩ وما بعدها ، د./ خميس خضر – عقد البيع ، طبعة ١٩٧٢ ، ص ٢٢٣ وما بعدها ، د./ محمد لبيب شنب – شرح أحكام عقد البيع – طبعة ١٩٦٢ ص ٢٠٦ ومابعدها ، د./ محمد على عمران ، ود / أحمد عبد العال أبو قرين – الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع – طبعة ١٩٩١ ص ٢٩٤ ومابعدها .

(١١٠) المعدل النقدى مبلغ من النقود يدفعه من تسلم الشئ إذا زادت قيمته على الدين الذي سلم الشئ وفاء له .

(١١١) د./ عبد الفتاح عبد الباقى – أحكام الإلتزام – ص ٤٣٦ مقرؤة مع هامش (١)

الثمن للغبن إذا كان البائع قاصرا [١١٢] وكان المقابل عقارا تقل قيمته عن أربعة أخماس الدين .

– وتجدر الاشارة الى أنه إذا كان المقابل عقارا وجب تسجيل العقد حتى يمكن انتقال الملكية [١١٣] .

– وهناك من أحكام البيع مالا يتلاءم مع طبيعة الوفاء بمقابل وبالتالى لا تطبق عليه من ذلك أن المدين الموفى إذا اعتقد عن غلط أنه مدين بالدين الذى من أجله أعطى الشىء المستحق وفاء به فإنه يجوز للموفى أن يسترد الشىء وذلك على العكس مما لو اعتبرنا الوفاء بمقابل بيعا فان انتقال الملكية يبقى ولا يكون للموفى سوى المطالبة بالثمن [١١٤] فضلا عن ذلك فان البيع قد ينصب على أشياء مستقبلة وهو ما لا يتفق مع طبيعة الوفاء بمقابل إذ الفورية سمة من سماته [١١٥] وهو ما يقتضى ضرورة انتقال الملكية والتسليم فورا .

---

(١١٢) د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٦٧ ، د./ السنهورى – السابق ص ٨١٠ ، د./ توفيق حسن فرج – السابق ص ٢٢٢ .

(١١٣) د./ عبد المنعم البدراوى – السابق ص ٣٦٩ ، د./ محمد شكرى سرور – السابق ص ٢٩٣ .

(١١٤) د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٦٧ .

(١١٥) المرجع السابق – نفس الموضع .

– إلا أن هناك عدة تساؤلات أثيرت فى نطاق هذا البحث وهى تتسم بدرجة كبيرة من الأهمية وتتعلق باستحقاق المقابل فى يد الدائن فهل يكون له الرجوع بالضمان فقط على المدين أم أن له المطالبة بالدين الأصلى ؟ واذا كان الحل الأخير ممكناً فهل يعود هذا الدين بما كان يضمنه من تأمينات أم لا ؟ واذا كان ممن الممكن عودة تلك التأمينات فهل نعنى بذلك كافة التأمينات من عينية وشخصية أم أن الأمر ينحسر عن الأخيرة لإعتبارات خاصة ؟ .

– **ونجيب عن *التساؤلات السابقة فى بندين على التوالى* : –**

أولا – مدى إمكانية الخيرة بين دعوى الضمان والمطالبة بالأداء الأصلى .

ثانياً – مصير التأمينات التى كانت تضمن الدين الأصلى .

٣٧ - أولا - مدى إمكانية الخيرة بين الضمان والمطالبة بالأداء الأصلى :-

– لقد ثار التساؤل فى ظل افتقاد النص هل يمكن – إذا استحق مقابل الوفاء فى يد الدئن – أن يرجع على المدين للمطالبة بالأداء الأصلى أم أن هـــذا غير جائز له بحيث لا يبقى أمامه سوى الرجوع بدعوى الضمان ؟ .

أثارت الإجابة على هذا التساؤل الخلاف بين الفقه ويمكن أن نتبين فى هذا الصدد أيان نستعرضهما ثم نبين رأينا الخاص فى المسألة : –

- **الأول : -**

- يرى أنصار هذا الرأى أنه لا يجوز للدائن المطالبة بالدين الأصلى وإنما له فقط الرجوع على المدين بدعوى الضمان (١١٦) ويبرر أنصار هذا الرأى ما ذهبوا إليه بأن الدين الأصلى قد انقضى بالتجديد وقد انقضت معه تأميناته وبالتالى فلا يعود هذا الدين ولا تأميناته فلا يكون أمام الدائن سوى الرجوع على مدينه بدعوى الضمان (١١٧) .

- **الثانى : -**

- يذهب هذا الرأى إلى نقيض - سابقه فيرى جواز أن يعود الدائن على المدين بالدين الأصلى كما أنه له أن يرجع بدعوى الضمان والخيار فى الحالتين له (١١٨) .

---

(١١٦) د./ السنهورى - السابق ص ٨٠٨ . د./ سليمان مرقس - السابق ص ٧٢٥ ، د./ لبيب شنب - السابق ص ٣٧٤ ، د./ البدراوى - السابق ص ٣٦٨ ، د./ محمد شكرى سرور - السابق ص ٢٩٣ ، د./ فتحى عبد الرحيم - السابق ص ٣٧٠ ، د./ توفيق فرج - السابق ص ٢٢١ ، د./ أحمد حشمت أبو ستيت - السابق ص ٦٠٧ .

(١١٧) د./ السنهورى - السابق ، نفس الموضع ، د./ أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - نفس الموضع .

(١١٨) د./ عبد الحى حجازى - السابق ص ٢٧٠ - ٢٧١ .

- ويرتكز هذا الرأى فيما ذهب إليه إلى أن الوفاء بمقابل ليس تجديداً للدين حيث لا يوجد الا التزام واحد هو الالتزم الأصلى وأن هذا الالتزام ينقضى بالوفاء بالمقابل لا بالتجديد فاذا لم يحصل الوفاء بالالتزام الأصلى نتيجة لإستحقاق المقابل تحت يد الدائن فيكون له الخيار إما أن يرجع على مدينه بالدين الأصلى أو بدعوى الضمان لأن الوفاء بمقابل هو فى الحقيقة عقد وفاء فاذا لم ينفذ على وجه صحيح كان للدائن أن يطالب بالفسخ وله الحق فى المطالبة بالدين الأصلى (١١٩) .

- رأينا الخاص فى المسألة : -

- ونحن نميل إلى ترجيح الرأى الثانى والذى يتجه إلى اقرار حق الدائن فى الرجوع على مدينه - عند استحقاق المقابل فى يده - بالدين الأصلى كما أنه له الرجوع عليه بدعوى الضمان .

- ***وسندنا فيما ذهبنا إليه الآتى : -***

١ - أن معظم أنصار الرأى الأول يبررون مذهبهم بأن الدين الأصلى قد انقضى بالتجديد ومن مقتضى التجديد سقوط الالتزام القديم بتوابعه أى بتأميناته ونحن نعترض على هذا التحليل لأننا قد انتهينا الى أن الوفاء بمقابل ليس تجديدا لالتزام قديم واحلال غيره محله فضلا عن أن التجديد يحتاج إلى اتجاه نية الأطراف إليه وهو مالا يحدث فى

---

(١١٩) المرجع السابق - نفس الموضع .

الاعتياض هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فاذا كان الوفاء بمقابل من قبيل التجديد فما الفائدة من معالجة المشرع له بنصوص خاصة إذ ما كان أغناه أن يعتبره (أى الاعتياض) صورة من صور التجديد ويوردها فى نفس موضع التجديد أو على الأقل يصرح بتطبيق قواعد التجديد أو بعضها فى المادة (٣٥١) والتى ذكر فيها الأحكام التى تطبق على الوفاء بمقابل .

٢ – كذلك لا نتفق مع ما ذهب إليه أنصار الرأى الأول من أن الدائن يرجع على مدينه كما يرجع المشترى على البائع [١٢٠] لأنه لا يجوز قياس الوفاء بمقابل على البيع كأنه صورة منه فضلا عن أن تطبيق بعض أحكام البيع عليه لا تعنى أنه أصبح بيعاً فالمشترى ليس أمامه – وقد استحق المبيع فى يده – سوى الرجوع على البائع بدعوى الضمان أما المستعيض فله أن يرجع بدعوى الدين الأصلى كما أن له الرجوع بدعوى الضمان خاصة وأن الاعتياض قد تم على شرط ملكية المدين للمقابل وهو شرط ضمنى مفترض وإلا لما وافق المستعيض على الإتفاق والقول بغير ذلك يفتح الباب لكل مدين يرغب فى المروق من تنفيذ التزامه الأصلى بأن يتفق مع الدائن على الاعتياض فيترتب على ذلك انقضاء الدين الأصلى ثم يستحق المقابل فى يد الدائن نتيجة عدم ملكية المدين له فيخرج الدائن من العملية صفر اليدين ونعتقد أن المشرع لا يرغب فى مثل تلك النتيجة خاصة أنها تتعارض مع أبسط مبادىء القانون وهى تحقيق الإستقرار .

---

(١٢٠) د./ السنهورى – السابق ص ٨٠٨ .

٣ - لا يجوز التعلل بصراحة نص المادة (٣٥١) للقول بأن حق الدائن فى الرجوع على المدين يقف عند حد دعوى الضمان والقول بغير ذلك فيه مخالفة لصريح نص المادة السابقة وبالتالى مخالفة إرادة المشرع وهذا قول مردود والدليل على ذلك أنه بضميمة نص المادة (٣٥١) إلى نص المادة (٧٨٣) من القانون المدنى والتى تنص على أنه : « إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل لو استحق هذا الشيء » ما نود استنتاجه من جماع النصين أن المشرع قد قدر أنه عند استحقاق الشيء فى يد الدائن فان الاخير قد يعود بدعوى الدين الأصلى على المدين والمفروض أن الرجوع بالدين الأصلى يعنى أن تأمينات هذا الدين ما زالت تضمن الوفاء به إلا أن المشرع قد إرتأى إعفاء الكفيل فى هذه الحالة من الضمان لإعتبارات خاصة أماما كان من تأمينات غير الكفالة فانها ما زالت تضمن الوفاء بهذا الدين وبانزال هذا الاستنتاج على استحقاق مقابل الاعتياض يتضح على الفور أن من حق الدائن الرجوع على المدين بالدين الأصلى ويكون النص على ضمان الاستحقاق ليس المراد منه حرمان الدائن من الرجوع بالدين الأصلى وإنما إتاحة وسيلة أخرى له خاصة أن ما ورد من أحكام البيع فى نص المادة (٣٥١) إنما ورد على سبيل المثال لا الحصر.

٤ - ثمة دليل آخر تسوقه وهو أن الدائن يستطيع المطالبة بفسخ الاعتياض خاصة وأن استحقاق المقابل فى يده يعنى استحالة تنفيذ المدين لإلتزامه وهذا وحده يعد سببا يبرر طلب الفسخ واذا تم ذلك فللفسخ أثر رجعى مضمونه عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد

(أى قبل الاتفاق الاعتياض) وهذه الحالة كانت تتمثل فى قيام الإلتزام بالأداء الأصلى فيعود إليه الطرفان وماذلك إلا تطبيقا للقواعد العامة فى نظرية الإلتزام .

– بل إن هذا ما اتجه إليه بعض أنصار الرأى الأول (١٢١) ماورد فى مذكرة المشروع التمهيدى من أنه : « لا يكون للدائن فى هذه الحالة إلا حـــق الرجـــوع بدعـــوى الضمان مالم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته » (١٢٢) .

– وبذلك ننتهى إلى أنه إذا استحق المقابل فى يد الدائن فله الخيار بين أن يعود على المدين إما بدعوى الضمان أو بدعوى الدين الأصلى وهذا ما تجه إليه بعض المشرعين صراحة من ذلك المادة (٩٩٨) من التقنين البرازيلى والتى تقضى بأن : « الدين القديم يعود إلى الوجود ويزول أثر المخالصة الخاصة به متى استحق العوض (١٢٣) .

– وكـذلك المادة (١١٩٧/٢) من القــانون المدنى الإيطالى الجــديد

---

(١٢١) د./ البدراوى – السابق ص ٣٦٨ مقرؤه مع هامش (٢) ، د./ فتحى عبد الرحيم – السابق ص ٣٧٠ ، د./ السنهورى – السابق ص ٨٠٨ مقرؤه مع هامش (٣) .

(١٢٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ، ص ٢٣٧ .

(١٢٣) المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .

والتى تنص على أنه : « إذ كان الأداء يتكون من نقل ملكية ... التزم المدين بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وفقا لقواعد البيع مع عدم الإخلال بحق الدائن فى أن يفضل المطالبة بالأداء الأصلى وبالتعويض عن الضرر » (١٢٤) .

١٣٨ - ثانيا - مصير التأمينات التى كانت تضمن الدين الأصلى :-

– *انتهينا أنه للدائن*

– عند استحقاق المقابل فى يده – الخيار بين أن يرجع بدعوى الضمان أو بدعوى الدين الأصلى .

– ولقد ثار التساؤل فى هذا الصدد – هل معنى مطالبة الدائن بالدين الأصلى تقتضى بالتبعية عودة التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بهذا الدين ؟ اذا كانت الإجابة بالإيجاب فهل تعود كافة التأمينات التى كانت تضمنه لا فرق بين تأمين شخصى وآخر عينى أم أن الأمر ينحسر عن بعضها دون الآخر ؟ .

– وللإجابة عن الشطر الأخير من التساؤل السابق تقرر بأن التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين الأصلى تعود لضمانه باستثناء الكفالة إذ ورد بشأنها نص المادة (٧٨٣) من القانون المدنى والذى ينص على أنـه : « إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت

---

(١٢٤) مشار إليه ، د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٦٩ – ٢٧٠ .

ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » .

– والنص يدل بعبارته على أنه بمجرد الإتفاق على الاعتياض تبرأ ذمة الكفيل ولا يقدح فى ذلك استحقاق المقابل فى يد الدائن ولعل سائلاً يسأل عن العلة التى لأجلها برئت ذمة الكفيل وهل تعد هذه النتيجة أثرا من آثار الوفاء بمقابل ؟ نجيب على الفور بالنفى إذ أنه لو كانت تلك هى العلة لإنقضت كافة التأمينات وهو ما لم يقرره النص وإنما تكون العلة فى أن المشرع يراعى مصلحة الكفيل – وغالبا ما يكون متبرعا حتى لا يبقى معرضا لرجوع متأخر فى حالة الإستحقاق أما باقى التأمينات كالرهن فهى غالبا مقدمة من المدين فتظل ضامنة للوفاء بدينه ولا يتضرر من رجوع الدائن بعد الاتفاق على الاعتياض لأن المقابل قد استحق ولم يسقط الالتزام الأصلى عن كاهل المدين وهو أولى الناس بسداد الدين أو تقديم ضمانه (١٢٥) .

– ومع ذلك ذهب البعض إلى تبرير براءة ذمة الكفيل فى هذه الحالة مذهبا آخر ومضمونه أن استحقاق الشيء تحت يد الدائن لا يمنع من بقاء عقد الوفاء بمقابل قائما ينتج آثاره ومنها براءة ذمة الكفيل ما دام أن الدائن لم يلجأ إلى الفسخ واختار بدلا منه التنفيذ بطريق التعويض وذلك برفعه دعوى ضمان الاستحقاق (١٢٦) .

---

(١٢٥) فى هذا المعنى د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٧٢ .

(١٢٦) د./ منصور مصطفى منصور – عقد الكفالة – طبعة ١٩٦٠ ص ٦٩ .

– ومفهوم المخالفة للرأى السابق أن الدائن لو رفع دعوى الفسخ بدلا من دعوى الضمان عاد التزام الكفيل من جديد إلا أننا لا نتفق مع ما ذهب إليه هذا الرأى لمخالفته لإرادة المشرع والذى قضى ببراءة ذمة الكفيل فى جميع الأحوال إذ ورد الحكم عاما والقول بغير ذلك تخصيص بلا مخصص (١٢٧) .

– أما الإجابة على الشطر الأول من التساؤل السابق والخاص بمدى إمكانية عودة التأمينات الأخرى غير الكفالة فلقد ثار الخلاف بشأنها وانقسم الفقه إلى اتجاهين :

– الأول : –

– ويرى صاحب هذا الرأى أنه على فرض السماح للدائن بمطالبة المدين بالدين الأصلى إلا أن التأمينات التى كانت تضمن هذا الدين تنقضى ولا تعود تعللا بأن فى عودتها مخالفة لصريح نص القانون والذى يقضى بانقضاء التأمينات (١٢٨) .

– بينما يرى بعض أصحاب هذا الاتجاه إلى قياس باقى التأمينات الأخرى على الكفالة وينتهون إلى انقضاء كافة هذه التأمينات أسوة

---

(١٢٧) فى نفس المعنى د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٧٢ مقروءة مع هامش (١) .

(١٢٨) د./ السنهورى – السابق ص ٨٠٨ مقروءة مع هامش (٣) .

بانقضاء الكفالة [129] .

- الثانى : -

- يفرق أنصار هذا الاتجاه بين أمرين [130] : -

١ - إذا كان استحقاق الشىء فى يد الدائن راجعا إلى عدم ملكية المدين له ففى هذه الحالة يجوز للدائن الرجوع على المدين بالدين الأصلى الذى تضمنه التأمينات التى كانت مقررة له عدا الكفالة نظرا لصريح النص فضلا عن أن للدائن رفع دعوى الضمان والخيار له .

- والسبب فى الحكم المتقدم أن الوفاء بمقابل لا يتم ولا يترتب عليه أثره وهو انقضاء الدين الأصلى إلا إذا تملك الدائن المقابل وهو ما لم يتحقق فى الفرض المتقدم هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان جوهر الوفاء إذا كان ناقلا للملكية هو أن يكون المدين متملكاً للشىء الذى يسلمه للدائن وإلا لم نكن بصدد وفاء صحيح (المادة ١/٣٢٥ من القانون المدنى) .

٢ - ما إذا كان استحقاق الشىء فى يد الدائن يرجع لسبب لا يمنع من صحة الوفاء بمقابل كما إذا كان المقابل عينا مملوكة للمدين ولكنها

---

(١٢٩) مشار اليه ، د./ عبد الحى حجازى - السابق ص ٢٣٧ .

(١٣٠) المرجع السابق - نفس الموضع .

مرهونة وقام الدائن المرتهن ببيعها فى المزاد إستيفاء لحقه من ثمنها ثم رسا المزاد على دائن آخر غير الدائن المستعيض ففى هذه الحالة يكون الوفاء بمقابل صحيحا ينقضى به الدين الأصلى وتبعا له تنقضى التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به ولا يكون للدائن سوى الرجوع على المدين بدعوى الضمان .

- رأينا الخاص فى المسألة : -

- ونحن نميل إلى الرأى الثانى والذى فرق بين سبب استحقاق الشىء فى يد الدائن فاذا كان السبب هو عدم ملكية المدين للشىء فلا نكون بصدد وفاء بمقابل وبالتالى لم ينقض الدين الأصلى الذى ما زال باقيا ومعه تأميناته عدا الكفالة احتراما لصريح نص المادة (٧٨٣) .

- أما إذ كان استحقاق الشىء لسبب لا يؤثر فى صحة الوفاء بمقابل كما إذا كانت العين (مقابل الوفاء) مرهونة وبيعت فى المزاد العلنى على النحو الذى فصلناه ورسا المزاد على غير الدائن المستعيض فلا يكون أمام الأخير سوى دعوى الضمان لأنه من ناحية فان الاعتياض تم على أساس صحيح وهو ملكية المدين لمقابل الوفاء حيث إن الرهن لا ينفى عن الراهن ملكيته للمال المرهون ومن ناحية أخرى فان الدائن المستعيض كان يعلم سلفا أن مقابل الوفاء مهدد بالاستحقاق لغيره نظرا لرهنه .

المطلب الثانى

أحكام الوفاء التى تطبق على الوفاء بمقابل

٣٩ - تمهيد :-

- من بين الأحكام التى تطبق على الوفـاء بمقـابل والتى ذكـرها المشـرع فى المادة (٣٥١) أحكام الوفـاء إذ ورد بها الآتى : « ... من حيث إنه يقضى الدين أحكام الوفاء بالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » .

- فبمجرد الاتفاق على الاعتياض وتنفيذ المدين للإتفاق فوراً ينقضى الدين الأصلى وما ذلك إلا تطبيقا لمبادىء الوفاء باعتباره سببا من أسباب انقضاء الالتزام أورده المشرع فى الفصل الأول من الباب الخامس المخصص لبيان أسباب انقضاء الالتزام .

- إلا أنه إذا تبين أن المدين قد أدى المقابل لدين لا وجود له فـانه يستطيع استرداد ما أداه للدائن عن طريق دعوى رد غير المستحق (١٣١) .

- ومظاهر الوفاء التى تطبق على الاعتياض هى زوال التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين الأصلى وتعيين جهة الدفع والمسألة

---

(١٣١) د./ السنهورى - السابق ص ٨١١ ، د./ البدراوى - السابق ص ٣٦٩ . د./ فتحى عبد الرحيم - السابق ص ٣٧٠ .

الأخيرة تحتاج لشيء من التفصيل فضلاً عن أن تساؤلين على درجة كبيرة من الأهمية قد أثيرا فى هذا الصدد الأول حول مدى إمكانية الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات (البوليصية) فى الاتفاق على الاعتياض من قبل دائنى المدين ؟ والثانى هو تحديد الدين الذى ينقضى بالوفاء وهل الدين الأصلى أم الدين الجديد (المقابل) ؟ .

- تلك مسائل ثلاثة نتولاها تفصيلاً على النحو التالى : -

أولا - الدين الذى ينقضى بالوفاء أهو الدين الأصلى أم الدين الجديد (المقابل)

ثانيا - كيفية تعيين جهة لدفع .

ثالثا - مدى جواز الطعن بالدعوى البوليصية فى الاتفاق على الاعتياض .

٤٠ - أولا - الدين الذى ينقضى بالوفاء أهو الدين الأصلى أم الدين الجديد (المقابل) :-

- إذا تم الاتفاق بين الدائن والمدين على الاعتياض فهل يؤدى هذا الاتفاق إلى انقضاء الدين القديم واحلال الجديد محله أم أن الذى ينقضى هو الدين الأصلى بحيث لا ينشأ عنه دين جديد ؟ .

- أثارت هذه المسألة الخلاف فى الفقه ويمكن أن نتبين اتجاهين فى هذا الصدد نستعرضهما ثم نبين رأينا الخاص على النحو التالى : -

- الاتجاه الأول :

– يرى أنصار هذا الاتجاه أن الذى يتقضي هو الدين الأصلى لا دين آخر لأنه لم يكن هناك دين آخر [١٣٢] إذ لا يترتب على حصول الوفاء بمقابل نشوء التزام جديد [١٣٣] بل انقضاء للدين الأصلى شأنه فى ذلك شأن الوفاء ولهذا تسرى كافة أحكامه حيال تلك النتيجة [١٣٤] .

- الاتجاه الثانى :-

– بينما يرى أنصار الاتجاه الأول أن الدين الأصلى هو الذى ينقضى فعلى العكس من ذلك يتجه أصحاب المذهب الثانى إلى أن الدين الأصلى ينقضى بمجرد الاتفاق على الاعتياض وينشأ عنه التزام جديد هو الذى ينقضى بالوفاء بمقابل وسندهم فى ذلك أن تلك العملية تتضمن تجديداً للدين [١٣٥] .

---

(١٣٢) د./ عبد الحى حجازى – السابق ص ٢٦٦ .

(١٣٣) د./ محمد لبيب شنب – السابق ص ٣٧٣ . وفى نفس المعنى د./ البدراوى – السابق ص ٣٦٨ .

(١٣٤) د./ حسام الأهوانى – السابق ص ٤٥٣ .

(١٣٥) د./ اسنهورى – السابق ص ٨١٠ . وفى نفس المعنى : د./ أحمد حشمت أبو ستيت – السابق ص ٦٠٧ ، د./ محمد شكرى سرور – السابق ص ٢٩٢ ، د./ سلميان مرقس – السابق ص ٧٢٦ . د./ اسماعيل غانم ===

- رأينا الخاص فى المسألة : -

- ونحن نميل إلى الرأى الأول والذى يتجه إلى أن الذى ينقضى بالإعتياض هو الدين الأصلى وسندنا فى ذلك أن الاعتياض يعنى وجود مقابل يستعاض به عن الأداء الأصلى فان اختل المقابل لأى سبب بقى الالتزام الأصلى قائما وخاصة أن مجرد الاتفاق على المقابل ليس فى حد ذاته - سببا من أسباب انقضاء الدين الأصلى الا بقدر فعاليته فى ابراء ذمة المدين وهذا هو الذى يبرر منح الدائن الخيار فى حالة استحقاق المقابل لعدم ملكية المدين له - بين أن يرجع على المدين بدعوى الدين الأصلى أو بدعوى الضمان .

- أما ما يستند إليه أنصار الإتجاه الثانى من أن الوفاء بمقابل يعد فى حد ذاته تجديدا للإلتزام يترتب عليه انقضاء الدين القديم ونشوء آخر جديد بدلا منه فهو أمر مردود وسبق لنا رفضه فى اكثر من مناسبة وقلنا أن فكرة التجديد فى نطاق الإعتياض كركيزة له مرفوضة وإن حمل فى طياته بعض مظاهره إلا أن ذلك لا ينفى ما للإعتياض من كيان ذاتى مستقل خاصة وأنه يحتوى فى داخله على مظاهر أخرى لنظم قانونية متعددة كالبيع والوفاء .

- ولا يقدح فى ذلك ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

- السابق ص ٤١٤ ، د./ عبد الودود يحيى - السابق - ص ٣٣٤ ، د./ يس محمد يحيى - السابق ص ١٧٩ .

« ... ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الادلاء بالعوض وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين وهذا الالتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت من طريق انتقال حق الملك فى ذلك العوض فالإعتياض والحال هذه ليس إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور (١٣٦)

.

– ويفهم مما ورد فى العبارة السابقة أن الاعتياض ما هو إلا نوعا من التجديد وهو ما سبق لنا الاعتراض عليه فضلا عن أنه يقصد بمجموعة الأعمال التحضيرية : « المناقشات والآراء المختلفة التى أبديت عند مناقشة مشروع القانون .. والايضاحات التى تبديها الجهة مقترحة القانون » (١٣٧).

.– فالأعمال التحضيرية إذاً لاتعبر إلا عن رأى واضعها مجرداً من أى صفة يتمتع بها صاحب الرأى أو واضع الفكرة فهى لاتعبر بحال من الأحوال عن نية المشرع أو حكمة التشريع ، لهذا فإن حجيتها لاتزد عن حجية أى رأى فقهى لايتمتع إلا بقيمة إرشادية (١٣٨) .

---

(١٣٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ، ص ٢٣٧ .

(١٣٧) د./ حسام الأهوانى – أصول القانون ، طبعة ١٩٨٨ ، ص ٢٧٩ .

(١٣٨) المرجع السابق – ص ٢٨١ ، وفى نفس المعنى ، أنظر د./ منصور مصطفى منصور – المدخل للعلوم القانونية – الجزء الأول – نظرية القانون – طبعة عام ١٩٦٩ ص ٢٥٦ .

– إضافة الى ماتقدم فإن الإرتكان الى الأعمال التحضيرية لتفسير النص مقيد بقيدين أولهما أنه يحظر اللجوء الى تلك الأعمال فى حالة وضوح النص ، وثانيهما : أن ماورد بها غير ملزم للقاضى (١٣٩) .

– ونحن نرى أن نص المادة (٣٥١) واضح فى دلالتـــه على أن مايطبق من أحكام على الإعتياض هى مايتعلق بكل من البيع والوفاء فيجب عدم تجاوز تلك الإرادة التشريعية خاصة إذا كان الأمر سيتجاوز الحدود الفنية وذلك بإقحام فكرة التجديد فى هذا المجال .

٤١ – ثانيا – كيفية تعيين جهة الدفع :-

– إذا كانت ذمة المدين منشغلة بأكثر من دين وأقتصر الإعتياض على الوفاء بأحدها فللمدين أن يحدد أى الديون قدم عنها المقابل وهو ماتناوله المشرع فى المواد من ٣٤٣ – ٣٤٥ من القانون المدنى .

– وقد أوضحت المواد السابقة كيفية تحديد الدين الذى دفع المدين مقابلاً له فالخيار بداية فى يد المدين فإن لم يحدد تولى القانون ذلك ، وأخيراً فإن للدائن أن يعين الدين الذى أخذ مقابلاً له (١٤٠) .

---

(١٣٩) د./ حسام الأهونى – السابق ص ٢٧٨ .

(١٤٠) أنظر : د./ حسام الأهوانى – أحكام الإلتزام ص ٤٢٦ ومابعدها ، د./ البدراوى – السابق ص ٣٣٧ ومابعدها . د./ محمد لبيب شنب – السابق – ص ١٦٣ وما بعدها .

١ - تعيين جهة الدفع بواسطة المدين :-

- للمدين الحرية فى تعيين الدين الذى أعطى مقابله للدائن على سبيل الاعتياض ولايحد من تلك الحريه إلا اذا وجد اتفاق يخالف ما حدده المدين أو كان هناك مانعاً قانونياً يحول دون إقرار هذا التحديد ، فإذا كان فى ذمة المدين دينان أحدهما حال والأخر مؤجل فلا يجوز له الإدعاء بأن ماقدم عنه المقابل هو الدين المؤجل لأنه لايملك إجبار الدائن على قبول الوفاء قبل حلول الأجل وأيضاً لايجوز إجبار الدائن على وفاء جزئي للدين إلا إذا قبل هو ذلك .

٢ - تعيين جهة الدفع بواسطة القانون :-

- إذا لم يحدد المدين الدين الذى أدى مقابلاً عنه تولى القانون تحديده طبقاً للمادة (٣٤٥) وحكمها أن الخصم يكون من حساب الدين الذى حل فإذا تعددت الديون الحالة كان الخصم من أشدها كلفة على المدين ، فإذا كان أحد الديون يعرض المدين للحبس كدين النفقة فيكون أشد كلفة من ذلك الذى لايعرضه للحبس ، وعموماً فتعيين الدين الأشد كلفة مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع على ضوء ظروف وملابسات كل حالة .

٣- تعيين جهة الدفع بواسطة الدائن :-

- إذا لم يعين المدين الدين ولم يكن بين الديون المتعددة ماهو أشد كلفة انتقلت مكنة التعيين إلى الدائن .

٤٢ - ثالثا - مدى جواز الطعن بالدعوى البوليصية فى الإتفاق على الإعتياض : -

- لقد ثار التساؤل : إذا اتفق المدين مع أحد دائنيه على الإعتياض فهل يجوز لباقى الدائنين الإعتراض على هذا الإتفاق والطعن فيه بالدعوى البوليصية ؟ .

- لقد أجابت المادة ٢/٢٤٢) من القانون المدنى على ذلك بقولها : « وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل إنقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقى الدائنين وكذلك لايسرى فى حقهم الوفاء ولو حصل بعد إنقضاء هذا الأجل إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » .

- فرقت المادة السابقة بين الوفاء قبل حلول الأجل وبعده إلا أنها وضعت مفترضا لجواز الطعن فى هذا الوفاء وهو أن يكون المدين معسراً لأنه إن لم يكن كذلك فلا مصلحة لأى دائن في الإعتراض على مايجريه مدينه من تصرفات حتى ولو كانت تبرعات .

- إضافة لذلك فإن الأحكام السابقة التى ساقها المشرع كانت بصدد الوفاء وكذلك تسرى فى حالة الوفاء بمقابل عن طريق القياس لإتحاد العلة فى كلا الأمرين وهى تحقيق المساواة بين الدائنين (١٤١) .

---

(١٤١) فى ظل القانون المدنى السابق كان يجوز الطعن فى الوفاء بمقابل إذا كان المقابل الذى أخذه الدائن يزيد كثيراً عن حقه بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للإضرار بالدائنين الآخرين .

- أنظر د./ السنهورى - الوسيط - الجزء الثانى ، نظرية الإلتزام بوجه عام - المجلد الثانى - آثار الإلتزام ، طبعة ١٩٨٢ ، ص ١٣٢٢ مقروءة مع هامش (١) .

١ - فإذا - قدم المدين مقابلاً - عن الدين الأصلي الذى لم يحل أجله ، فقد أعطى المشرع هذا الوفاء حكم التبرعات وبالتالى يجوز لباقى الدائنين الطعن فيه دون حاجة لأن يطلب منهم إثبات الغش فى جانب المدين ولا علم الدائن المستوفى بهذا الغش .

٢ - أما إذا كان وفاء المدين بعد حلول الأجل فيشترط حتى يتسنى لباقى الدائنين الطعن فى هذا الوفاء بالدعوى البوليصية إثبات التواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه (١٤٢) .

---

(١٤٢) د./ السنهورى - السابق ، نفس الموضع ، د./ محمد لبيب شنب - السابق ص ٢٦٣ ، د./ حسام الأهوانى - السابق ص ١٢٥ . د./ البدراوى - السابق ص ١٤٤ .

المبحث الثانى

اثار الوفاء بمقابل فى الفقه الإسلامى

٤٣ - تمهيـــد :-

- يطلق رجال الفقه الإسلامى على الإعتياض (الوفاء بمقابل) اسم الإستـــبدال . مما يثير التساؤل حول المقصود بالإستبدال وماهو مضمونه ؟ . ثم ماهى الأحكام التى تطبق على عملية الإستبدال أو بعبارة أخرى ماهى آثار الإستبدال ؟

- *ونجيب عن هذين التساؤلين فى مطلبين على التوالى :* -

المطلب الأول : المقصود بالإستبدال ومضمونه .

المطلب الثانى : آثـــار الإستبـــــــــدال .

المطلب الأول

المقصود بالإستبدال ومضمونه

٤٤ - تمهيد وتقسيم : -

- يعد الأستبدال - لدى رجال الفقه الإسلامى - فى معنى الصلح فما المقصود بالصلح وماهى أنواعه وأركانه وما يشترط لصحة كل ركن وآثاره ، ثم ماهى مبطلاته ومايترتب على الصلح الباطل ، وأخيراً ننهى مبحث الصلح بإيراد بعض تطبيقاته .

- *ونجيب عن الأسئلة السابقة تباعاً على النحو التالى : -*

أولاً : تعريف الصلح .

ثانياً : أنواع الصلح .

ثالثاً : أركان الصلح وشروط صحة كل ركن .

رابعاً : آثار الصلح .

خامساً : مبطلات الصلح وحكم الصلح الباطل .

سادساً : بعض تطبيقات الصلح .

٤٥ - أولا - تعريف الصلح :-

- الصلــح هو عبــارة عن عقد يقصد به الإصـلاح بين المختلفين [(١٤٣)] . أو هــو انتـقال عــن حــق أو دعــوى بـعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه [(١٤٤)] .

- والصلح جائز ومشروع . ودليل مشروعيته ماروى عن عمرو بن عوف أن رسـول الله - ﷺ - قـال : « الصلح بين المسلمين جـائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراما » [(١٤٥)] .

- وقد أجمع العلماء على جواز الصلح .

٤٦ - ثانيا - أنواع الصلح :-

- الصلح إما أن يكون فى الأموال أو فى غيرها .

- الصلح فى غير الأموال : -

- وهـــو ثلاثـــة أ نـــواع [(١٤٦)] : -

---

(١٤٣) المغنى لإبن قدامه ، جـ ٥ ص ١٦٨ .

(١٤٤) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير وبهامشه حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى ، طبعة دار المعارف بمصر ، جـ ٣ ، ص ٤٠٥ .

(١٤٥) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ٥ ، ص ٣٧٨ .

(١٤٦) المغنى لابن قدامه - السابق -ص ١٦٨ .

١ - صلح بين المسلمين وأهل الحرب لقوله تعالى : « وإن جنحوا للسلم فأجنح لها وتوكل على الله » (١٤٧) .

٢ - الصلح بين أهل العدل وأهل البغى . استناداً لقوله تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » (١٤٨) .

٣ - والصلح بين الزوجين عند الخوف من وقوع الشقاق بينهما إستناداً لقوله تعالى : « وإن إمرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » (١٤٩) .

- الصلح فى الأموال :-

- وهو قسمان : -

القسم الأول :

- الصلح بناء على اقرار المدعى عليه بأن يقر بحق المدعى ثم يتصالحان على هذا الحق (١٥٠) .

---

(١٤٧) سورة الأنفال ، آية (٦١) .

(١٤٨) سورة الحجرات ، آية (٩) .

(١٤٩) سورة النساء ، آية (١٢٨) .

(١٥٠) المغنى لابن قدامه - السابق ص ١٦٩ ، البدائع للكاسانى - جـ ٦ ص ٤٠ .

- ،وهذا القسم يتفرع بدوره الى نوعين : -

١ - الصلح على جنس الحق . ،وصورته أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بعين فيهب له بعضها ويأخذ الباقى ويأخذ حكم الإبراء فى الأولى والهبة فى الثانية (١٥١) .

٢ - الصلح علي غير جنس الحق . كأن يعترف له بعين فى يده أو دين فى ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به كالآتى (١٥٢) .

أ - أن يقرر له بنقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقرر له بمائة درهم فيصالحه عنها بعشرة دنانير أو بالعكس . وهذه الصورة تأخذ حكم الصرف ويجب توافر شروطه فيها خاصة ضرورة التقابض فى المجلس .

ب - أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بالعكس وهذه الصورة تأخذ حكم البيع ويجب توافر أحكامه فيها .

جـ - أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد أو على أن يعمل له عملاً معلوماً . وهذه الصورة تأخذ حكم الإجارة فيجب توافر أحكامها فيها .

---

(١٥١) المغنى - السابق ص ١٦٩ .

(١٥٢) المرجع السابق ،ص ١٧٢ - ١٧٣ .

- القسم الثانى : -

- الصلح عن إنكار أو سكوت . وصورته أن يدعى عليه عيناً أو ديناً فينكره المدعى عليه أو يسكت من غير إقرار ولا إنكار ثم يصالحه على المدعى به (١٥٣) .

- وهذا القسم وإن كان محل إتفاق بين الفقهاء إلا أن الإمام الشافعى - رضي الله عنه - لم يقره فعنده أن الصلح الجائز هو الصلح عن اقرار فقط أما مايقال بجواز الصلح عند الإنكار أو السكوت فهو ليس بصلح .

- ولقد استدل الإمام الشافعى - رضى الله عنه - لما ذهب إليه بأن جواز الصلح يستدعى حقاً ثابتاً وهو مالايوجد فى موضع الإنكار ولا السكوت . أما انتفاؤه فى موضع الإنكار فلأن الحق لو ثبت فى هذه الحالة فإنما يثبت بالدعوى وقد عارضها الإنكار فلا يثبت الحق عند التعارض .

- أما انتفاؤه فى حالة السكوت فلأن الساكت يكون بمنزلة منكر الإدعاء حتى تقوم عليه البينة فكان إنكاره معارضاً للدعوى وبالتالى لم يثبت الحق ولو بذل المال للمدعى فإنما يكون بذله إياه لدفع خصومة باطلة فكان فى معنى الرشوة .

---

(١٥٣) البدائع - السابق ص ٤٠ ، المغنى - السابق ص ١٧٦ .

- *الرد على الدليل السابق : -*

إلا أن ماذهب اليه الإمام الشافعي - رضي الله عنه - معارض بالآتى : -

١ - قوله

تعالى : « والصلح خير » . فقد وصف المولى عز وجل جنس الصلح بالخيريه ، ومعلوم أن الباطل لايوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما استثنى بدليل خاص .

٢ - عن سيدنا عمر - رضى الله عنه - أنه قال : « ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن » . وكان أمره رضى الله عنه بالصلح بين الخصوم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم .

- ولم ينكر عليه أحد فكان بمثابة إجماع منهم على أن الصلح أفضل من اللجوء للقضاء .

٣ - شرع الصلح للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها عند الإنكار أشد من الحاجة الى قطعها عند الإقرار إذ الإقرار مسالمة ومساعدة ولا نزاع فيه .

- ولهذا قال أبو حنيفة - رضى الله عنه - : « أجوز مايكون الصلح على الإنكار » .

- وقال الشيخ أبو منصور الماتريدى السمرقندى رحمه الله :
« ما صنع الشيطان من إيقاع العداوة والبغضاء فى بنى آدم ماصنع الشافعى رحمه الله فى إنكاره الصلح على الإنكار .» .

- ومفهوم القول السابق أن عدم اعتراف الإمام الشافعى رحمه الله بالصلح على الإنكار سيفتح باب العداوة والبغضاء أمام المتنازعين لأنه ليس أمامهما سوى اللجوء الى القضاء بما يحمله معه ذلك من مظنة التشاحن والتباغض .

٤ - أما قول الإمام الشافعى - رضى الله عنه - بأن الحق ليس بثابت فذلك مردود لأن ثبوت الحق آت من زعم المدعى ، وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت وبذا كان مشروعاً(١٥٤) .

٤٧ - ثالثاً - أركان الصلح وشروط صحة كل ركن :-

- وركن الصلح هو الإيجاب والقبول وصورته أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو بأى عبارة تفيد بالقبول والرضا ، فإذا تطابق الإيجاب مع القبول فقد تم الصلح (١٥٥) .

---

(١٥٤) فى تفصيل هذا الخلاف أنظر : البدائع - السابق ص ٤٠ .
(١٥٥) المرجع السابق - نفس الموضع .

- **شروط الركن :-**

- تتنوع الشروط المتطلبة لصحة أركان الصلح فمن هذه الشروط مايرجع الى المصالح ومنها مايرجع الى المصالح عليه ومنها مايرجع الى المصالح عنه .

- **شروط المصالح :-**

- فأما الذى يرجع الى المصالح فيشترط فيه أن يكون عاقلاً فلا تصح عبارة المجنون ولا الصبى غير العاقل . ويجب فضلاً عن ذلك أن يكون بالغاً رشيداً وإن كان صلح الصبى المأذون يقع صحيحاً بشرط أن يكون له فيه نفع أو لايكون فيه ضرر ظاهر (١٥٦) .

- **شروط المصالح عليه :**

يشترط فى المصالح عليه أن يكون مالاً ، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم . وهذا المال يأخذ صوراً عدة : -

١ - فإما أن يكون عيناً وهو مايحتمل التعيين مطلقاً جنساً ونوعاً وقدراً وصفة واستحقاقاً كالعروض من الثياب والعقار ومن الأرضين والدور والحيوان والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الحديد .

---

(١٥٦) المرجع السابق - نفس الموضع .

٢ – وإما أن يكون دينا وهو مالايحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف فى الذمة والموزون الموصوف والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف .

٣ - وإما أن يكون منفعة :-

٤ – وإما أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة (١٥٧) .

- شــروط المصــالح عنــه :-

– يشترط فى المصالح عنه أن يكون حقاً للعبد وليس حقاً لله تعالى . فلا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانياً أو سارقاً من غيره أو شارب خمر مصالحه على مال أن لا يرفعه إلى ولى الأمر لأنه حق الله تعالى جل شأنه فلا يجوز الصلح منها .

– وعلى العكس من ذلك يجوز الصلح عن التعزير لأنه حق العبد وكذلك يصح الصلح عن القصاص فى النفس وما دونه لأن القصاص من حق العبد سواء كان البدل عيناً أو ديناً ، وكل مايشترط أنه إذا كان البدل دينا فيجب القبض فى المجلس احترازاً عن الإفتراق عن دين بدين (١٥٨) .

---

(١٥٧) المرجع السابق ، ص ٤٢ .
(١٥٨) المرجع السابق ، ص ٤٨ .

٤٨ - رابعا - آثــار الصلـــح :-

- إذا انعقد الصلح صحيحاً مستوفياً أركانه وشروط صحة كل ركـن ترتب عليـه آثره وهو انقطاع الخـصـومـة بين المتنازعين ، مع لزوم البدل (١٥٩) .

- وترتيباً علي ذلك لايجوز لأحد طرفى الصلح أن ينفرد بفسخه حتى ولو لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه بل يبقى الصلح قائماً ويجبر العاقد على التنفيذ .

- وتأكيداً لنفس المعني جاء في مرشد الحيران : « إذا كان المدعى عليه منكراً لما أدعى عليه به وصالح المدعى على بدل سقط حق المدعى فى الخصومة فليس له أن يخاصمه فى الدعوى المصالح عنها ولا أن يحلفه اليمين ولا أن يفسخ الصلح (١٦٠) .

- وعلى العكس من ذلك لو اتفق الطرفان على فسخ الصلح فإنه يفسخ لأن الصلح بمعنى المعاوضة وما كان كذلك يجوز لطرفيه التراضي على فسخه ويكون للفسخ فى هذه الحالة أثر رجعى فيرجع المدعى به للمدعى وبدل الصلح للمدعى عليه (١٦١) .

---

(١٥٩) المرجع السابق ص ٥٣ .
(١٦٠) المادة ١٠٤٨ .
(١٦١) المادة (١٠٤٧) من مرشد الحيران .

– ولقد ثار التساؤل حول حكم عقد الصلح فى مسألة هلاك بدل الصلح أو استحقاقه كلياً أو جزئيا قبل تسليمه للمدعى ؟ .

– *للإجابه على هذا التساؤل نفرق بين أمرين : –*

– الأول : –

– إذا كان بدل الصلح مما لايتعين بالتعيين وضاع قبل الأفتراق عن المجلس فلا ينقص الصلح وما لزم المدعى عليه بمثل ما ضاع سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار .

– الثانى : –

– إذا كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين فضاع كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعى فنفرق بين ما إذا كان الصلح عن إقرار ، وفى هذه الحالة يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى به أو بما استحق منه . أما إذا كان الصلح عن إنكار فلا مناص أمام المدعى من الرجوع على المدعى عليه بالدعوى (١٦٢) .

٤٩ – خامسا – مبطلات الصلح وحكم الصلح الباطل :–

– مبطلات الصلح :–

– يبطل الصلح بعدة أمور وهـــى : –

---

(١٦٢) المادة (١٤٠٩) من مرشد الحيران .

والفسخ فى غيره مما يعد من المعاوضات .

٢ - لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة (عند أبى حنيفة) بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند (أى عند أبى حنيفه) على الأسلام أو اللحوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ صلحه ، أما إن لحق بدار الحرب وقضى القاضى به أو قتل أو مات على الردة كان صلحه باطلاً .

٣ - الرد بخيار العيب وخيار الرؤية .

٤ - استحقاق بدل الصلح .

٥ - هلاك أحد المتعاقدين فى الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة (١٦٣) .

- حكم الصلح الباطل : -

- إذا قضى ببطلان الصلح رجع المدعى إلى أصل دعواه سواء كان الصلح عن إقرار أو كان عن إنكار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى به لا غيره إلا أن فى الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص (١٦٤) .

---

(١٦٣) البدائع ، ص ٥٤ .

(١٦٤) المرجع السابق ، ص ٥٥ .

٥٠- سادسا - بعض تطبيقات الصلح :-

١ - من اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً لأنه هضم للحق .

- وتفصيل هذه الصورة أن من اعترف بحق وامتنع عن آدائه إلا أن يتصالح على بعضه ويسقط عنه البعض الآخر فإن تم الصلح على ذلك فهو باطل لأنه تصالح عن بعض ماله ببعض وهذا غير جائز ، لأن الصلح فى هذه الحالة هضم للحق . وذلك على العكس مما لو أبرأه صاحب الحق عن بعض حقه إختياراً منه واستوفى الباقى فالصلح يأخذ حكم الإبراء لأنه تم عن طيب نفس فهو جائز (١٦٥) .

٢ - لو صالح سارقا ليطلعه أو شاهداً ليكتم شهادته أو شفيعاً عن شفعته أو مقذوفاً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة .

- وتفصيل ذلك أن مصالحة السارق والزانى والشارب إسقاطاً للحد غير جائز لأن الحق هنا لله عز وجل وليس للعبد .

- أما إن صالح شاهداً ليكتم شهادته فلا يصح كذلك لأنه إما أن يصالحه على أن لايشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الآدمى أو حق الله تعالى فلا يجوز كتمانه ولايجوز أخذ العوض عن ذلك ، لأن الشاهد فى إقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى والصلح عن حقوق الله عز وجل

---

(١٦٥) المغنى لابن قدامه - السابق - ص ١٨٢ .

باطل ، فإن كان قد أخذ شيئاً فعليه رده لأنه إنما أخذه بغير حق بل إن القاضى لو علم بذلك فإنه يبطل شهادته لأنه فاسق (١٦٦) .

- وإما أن يصالحه على ألا يشهد عليه بالزور فشهادة الزور يجب تركها شرعاً ويحرم عليه فعلها ، وبالتالى لايجوز أن يأخذ عنها عوضاً قياساً على عدم جواز أن يصالحه على ألا يقتله ولا يغصب ماله .

- وإما أن يصالحه على أن لايشهد عليه بما يوجب حد الزنا والسرقة فلا يجوز له أن يأخذ العوض عنه لأنه ليس بحق له .

- وإن صالح عن حق الشفعة لم يصح لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة ، فإذا رضى بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجز العوض عنه .

- وإن صالحه عن حد القذف فالحنابلة على عدم جواز ذلك لأن هذا الحد شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال (١٦٧) ، أما الأحناف فهم يتفقون مع الحنابلة فى النتيجة ولكن لسبب غير ما احتجوا به ، وتفصيل ذلك أن القذف فى هذه الحالة وإن كان للعبد حق فيه إلا أن حق الله غالب والمغلوب (حق العبد) ملحق بالعدم شرعاً فكان فى حكم الحقوق المتمخضة حقاً لله عز وجل ، وبالتالى فلا تحتمل الصلح (١٦٨) .

---

(١٦٦) المرجع السابق ، ص ١٨٤ ، البدائع - السابق ص ٤٨ .
(١٦٧) المغنى لإبن قدامه - السابق - ص ١٨٥ .
(١٦٨) البدائع - السابق - ص ٤٨ .

المطلب الثانى

أثــــار الإستبــــــــدال

٥١ - إذا تم الصلح على الإعتياض وكان صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروط صحته ترتبت عليه آثاره ، ويمكن القول بأن عقد الصلح ليس له موضوع معين يميزه بطبيعة خاصة لأنه يجرى فى كل نزاع ، ولهذا قرر الفقهاء أن الصلح يعطى حكم أقرب العقود اليه بحسب الشكل الذى يقع عليه .

٥٢ - وعلى ذلك فالصلح عن مال بمال يأخذ حكم البيع ، فيجب أن تتوافر فى الصلح أحكام البيع .

- والبيع مبادلة المال بالمال تمليكاً ، وقد يتم بصيغة الإيجاب والقبول أو بالمعاطاة (١٦٩) .

- وإذا كان الصلح عن مال بمنفعة فيأخذ حكم الإجارة ويجب توافر أحكامها فيه .

- والإجارة عقد تمليك المنافع بعوض وتنعقد بلفظ الإجارة

---

(١٦٩) المغنى لإبن قدامة ، جـ ٤ ص ٢٠٨ - ص ٢١٠ ، قوانين الأحكام الفقهية لإبن جزئ ص ٣٦٦ والمادة (١٠٣٠) من مرشد الحيران ، المادة (١٦٢٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل .

والكراء ومافى معناهما [١٧٠] .

- وإذا كان الإستبدال عبارة عن صلح على نقد بنقد فهو صرف . فالصرف عبارة عن بيع جنس الأثمان بعضها ببعض ولابد فيه من قبض البدلين فى المجلس لأنه من العقود الربوية [١٧١] ، وحتى لو نص فى عقد الصلح على التأجيل أهدر الشرط ، وتم التقابض فى الحال والا بطل ، وذلك لما رواه عبادة بن الصامت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً والملح والملح مثلاً بمثل والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد [١٧٢] .

- وقد يأخذ الصلح حكم السلم وهو بيع شئ موصوف فى الذمة بغير جنسه [١٧٣] .

---

(١٧٠) المغنى لإبن قدامة ، جـ ٦ ص ١٢٦ - ص ١٢٧ .

(١٧١) د./ محمد سلام مدكور - المال والإلتزام فى الفقه الإسلامى - طبعة ١٩٥٣ - مطبعة الأسكندرية ص ٣٣٢ - ومابعدها .

(١٧٢) رواه مسلم ومشار إليه فى المغنى لإبن قدامه - جـ ٤ ص ٣٤٠ .

(١٧٣) الشرح الصغير - السابق ص ٢٦١ .

ولايمكن الوفاء فى السلم بالبدلين فى مجلس العقد ولابد من تأجيل السلعة وتعجيل الثمن وأدائه عند التعاقد (١٧٤) .

- وقد يأخذ الصلح حكم الإبراء وذلك إذا وضع عنه بعض الدين وصالحه على البعض الآخر أما إن قال له وهبتك نصف مالى عندك على أن تعطينى الباقى فإن الصلح فى هذه الحالة يأخذ حكم الهبة (١٧٥) .

---

(١٧٤) د./ محمد سلام مدكور - السابق ص ٣٣٣ .

(١٧٥) المغنى لإبن قدامة ، جـ ٥ ، ص ١٧٠ .

خاتمة الفصل الثالث

عالجنا فى هذا الفصل آثار الوفاء بمقابل سواء فى نطاق الفقه الإسلامى أو القانون المدنى ، ويمكن لنا إبداء الملاحظات الآتية : -

١ - الوفاء بمقابل فى القانون المدنى نظام مستقل له أحكامه وشروطه الخاصة ونظراً للطبيعة الخاصة لهذا النظام فإن المشرع يطبق عليه بعض أحكام البيع وبعض أحكام الوفاء بمالا يخل بهذه الذاتية التى تميزه عن باقى النظم القانونية الأخرى .

- وعلى العكس من ذلك فى نطاق الفقه الإسلامى حيث يطلق على الوفاء بمقابل اسم الاستبدال وهوعبارة عن عقد صلح بين الدائن والمدين يلجآن إليه قطعاً للخلاف بينهما ومنعاً من اللجوء إلى القضاء ، ولما كان الصلح من المبادئ العامة التى يتصور حدوثها حيال أى عقد فلم يكن للإستبدال كيان ذاتى مستقل بل إن ماتسفر عنه عملية الصلح فإنه يأخذ حكم عقد من العقود المعروفة . ولقد رأينا أن الصلح قد يأخذ حكم البيع وهذا هو الشائع ، وقد يأخذ حكم الإجارة إذا كان التصالح على منفعة ، وقد يأخذ حكم الصرف أو السلم أو الإبراء أو الهبة .

٢ - أن أحكام البيع التى تطبق على الإعتياض فى نطاق القانون المدنى والتى ذكرها المشرع فى المادة (٣٥١) من القانون المدنى وردت على سبيل المثال بمعنى أنه يمكن أن يطبق عليه من أحكام البيع مايلائم طبيعته أما مالا يتلاءم مع تلك الطبيعة فيستبعد مما يؤكد ذاتية واستقلال الوفاء

بمقابل وأنه ليس صورة من صور البيع وعلى العكس من ذلك فى الفقه الإسلامى فإذا انتهينا إلى أن الصلح يأخذ حكم البيع فهو يعتبر بيعًا كاملاً وهكذا فى سائر العقود .

٣ - لقد ثار الخلاف فى نطاق القانون المدنى حول مدى إمكانية الخيرة بين دعوى الضمان والمطالبة بالدين الأصلى ، ولقد انتهينا إلى ترجيح من ذهبوا الى أن للدائن - عند استحقاق المقابل فى يده - الخيار بين الرجوع على المدين بدعوى الضمان أو بدعوى الدين الأصلى وطالما إختار الرجوع بدعوى الدين الأصلي فإن له الحق تبعاً لذلك أن يتمسك بالتأمينات التى تضمن الوفاء بذلك الدين باستثناء الكفالة نظراً لصريح نص المادة (٧٨٣) من القانون المدنى .

٤ - ومن الأحكام التى تطبق على الوفاء بمقابل كذلك أحكام الوفاء كسبب من أسباب انقضاء الدين ، وقلنا أن الذى ينقضى بالإتفاق على الإعتياض وتنفيذه على الفور هو الدين الأصلى .

وكذلك يجوز لدائنى المدين إذا توافرت شروط الدعوى البوليصية أن يطعنوا فى الإتفاق على الإعتياض إذا كان من شأن هذا الإتفاق الإخلال بقاعدة المساواة التى يجب أن تسود بين الدائنين .

قائمة المراجع

- أولا - مراجع اللغة العربية : -

- لسان العرب لإبن منظور - طبعة دار المعارف .

- ثانيا - كتب الحديث : -

١ - سنن أبو داود (البيوع) للحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث - طبعة مصطفى محمد - المكتبة التجارية ، جـ ٣ .

٢ - سنن بن ماجة (البيوع) للإمام محمد بن يزيد بن ماجة القزوينى - طبعة إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبى ، جـ ٢ .

٣ - سنن الترمذى (البيوع) لأبى عيس محمد الترمذى - طبعة مصطفى الحلبى ، جـ ٥ .

٤ - سنن الدارقطنى ؤ البيوع) لعلى بن عمر الدارقطنى - طبعة دار المحاسن للطباعة بالقاهرة ، جـ ٣ .

٥ - سنن النسائي للإمام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر النسائي - طبعة مصطفى البابى الحلبى .

٦- صحيح مسلم للإمام مسلم بن حجاج القشيرى - طبعة دار الفكر ببيروت سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ ، جـ ٥ .

٧ - فتح البارى - شرح صحيح البخارى - للإمام بن حجر العسقلانى - طبعة دار الفكر - المجلد الرابع .

٨ - نيل الأوطار (البيوع) للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى ، جـ ٥ .

ثالثا - المراجع الفقهية :-

١ - أصول البيوع الممنوعة للشيخ عبد السميع إمام ، طبعة عام ١٩٥٧ .

٢ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، جـ ٤ .

٣ - الأشباه والنظائر فى قواعد وفرع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - طبعة أولى - طبعة الحلبى ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

٤ - الأشباه والنظائر لزين العابدين بن ابراهيم بن محمد أبى بكر الشهير بإبن نجيم - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م .

٥ – البحر الزخار – الجامع لمذاهب علماء الأمصار – للإمام المجتهد – المهدى لدين الله أحمد بن حى بن المرتضى – جـ ٣ .

٦ – التاج المذهب لأحكام المذهب – شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لأحمد ابن قاسم اليمانى الصنعانى – طبعة عيسى البابى الحلبى ١٣٦٦هـ – ١٩٤٧ م – جـ ٢ .

٧ – الروض المربع – شرح زاد المستقنع للبهوتى وحاشيته لعبد الله عبد العزيز العنقرى ، جـ ٦ .

٨ – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، وبهامشه حاشية العلامة أحمد بن محمد الصاوى المالكى – طبعة دار المعارف بمصر ، جـ ٣ .

٩ – الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير مطبوع بهامش حاشية الدسوقى – المطبعة الأزهرية ١٣٥٠ هـ ، جـ ٣ .

١٠ – الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد لأبى الحسن على ابن سليمان المرداوى الحنبلى ، طبعة ١٦٧٦ هـ – ١٩٥٦ م ، جـ ٥ .

١١ - الفروع لإبن مفلـــــــح ، جـ ٤ .

١٢ - الكافى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل لموفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسى ، طبعة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م ، جـ ٢ .

١٣ - اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان لمحمد فؤاد عبد الباقى المقدسى ، طبعة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، جـ ٢ .

١٤ - المغنى لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه وبهامشه الشرح الكبير للإمام العلامة شمس الدين عبد الرحمن بن حمد بن أحمد بن قدامة المقدسى ، .طبعه دار الكتاب العربى - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢ ، حـ٤ ، ٥ ، ٦ .

١٥ - المجموع - شرح المهذب للأستاذ المحقق محمد نجيب المطيعى ، جـ ١٠ .

١٦ - المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم - طبعة دار الفكر ببيروت جـ ٩ .

١٧ - المصنف للحافظ عبد الرازق ، جـ ٨ .

١٨ - المبسوط لشمس الدين أبو بكر محمد بن سهل السرخسى - مطبعة السعادة - القاهرة ، جـ ١٤ .

١٩ - المدونة الكبرى للإمام مالك (برواية سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام مالك بن أنس الأصبحى) مطبعة السعادة - القاهرة ، جـ ٨ .

٢٠ – المعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم – طبعة ١٣٥٥ ه – ١٩٣٦ م .

٢١ – بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ، جـ ٦ .

٢٢ – بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الإمام الحافظ الناقد أبى الوليد محمد بن أحمد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ، طبعة ١٤٠٢ هـ – ١٩٨١ ، جـ ٢ .

٢٣ – تكملة المجموع للسبكى ، جـ ١٠ .

٢٤ – حاشية الدسوقى للإمام العالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير – مطبعة عيسى البابى الحلبى ، جـ ٣ .

٢٥ – رد المختار على الدر المختار – شرح تنوير الأبصار ـ حاشية بن عابدين) للإمام محمد أمين الشهير بإبن عابدين – المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٣ هـ .

٢٦ – شرائع الإسلام لإبن القاسم نجم الدين **جعفر** بن الحسن بن يحيى بن سعد الحلبى – المكتبة العلمية الإسلامية بطهران – دار الطباعة المخصوصة – ١٢٩٥ هـ ، جـ ١ .

٢٧ – شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش وكتاب النيل للثمينى – الطبعة الثانية – ١٣٩٢ هـ – ١٩٧٢ م – دار الفتح للتراث العربى – ليبيا ، جـ ٨ .

٢٨ – فتح القدير – شرح الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد – طبعة مصطفى محمد سنة ١٣٥٦ هـ – جـ ٥ .

٢٩ – قواعد الأحكام فى معرفة الحلال والحرام لحسن بن مطهر الحلبى ، جـ ١ .

٣٠ – قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزئ الغرناطى المالكى – دار العلم للملايين – بيروت .

٣١ – كشاف القناع على شرح متن الإقناع للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن أدريس البهوتى – طبعة عالم الكتب ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م ، جـ ٣ .

٣٢ – لباب اللباب للفقيه الإمام العلامة أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكرى المالكى .

٣٣ – مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للأستاذ أحمد عبد الله ، مؤسسة تهامة بالسعودية .

٣٤ – مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا ، طبعة ١٩٠٩ م .

٣٥ – مورد الظمآن إلى زوائد بن حبـــان .

- كتب فقهية معاصرة : -

٦ - أحكام الوصية فى الفقه الإسلامى للدكتور / محمد عبد المنعم حبشى ، طبعة ١٩٨٤ .

٣٧ - الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد - الجزء الثالث ، د./ مصطفى الزرقاء ، الطبعة السادسة ، دار الفكر .

٣٨ - الوقف والوصية فى الفقه الإسلامى للدكتور / أحمد النجدى زهو ، طبعة ١٩٨٤ م .

٣٩ - المال والإلتزام فى الفقه الإسلامى - للدكتور / محمد سلام مدكور - مطبعة الأسكندرية عام ١٩٥٣ .

٤٠ - المدخل فى الفقه الإسلامى - للدكتور / مصطفى شلبى - طبعة ١٩٨٥ م .

٤١ - المدخل للفقه الإسلامى - للدكتور / محمد سلام مدكور - طبعة عام ١٩٧٠ .

٤٢ - الميراث والوصية والوقف للدكتور / عبد المجيد مطلوب ، طبعة ١٩٩١ م .

رابعاً - المراجع القانونية : -

- د./ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى ، طبعة ١٩٤٥ .

- د./ أحمد سلامه : المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثانى - نظرية الحق - طبعة ١٩٧٤ م .

- د. / أحمد شرف الدين : -

- مقدمة القانون المدنى - نظرية الحق - طبعة ١٩٨٧ .

- أحكام الإلتزام .

- د. اسماعيل غانم : النظرية العامة لإلتزام - الجزء الثانى - أحكام الإلتزام والإثبات .

- د . أنور سلطان ، ود . جلال العدوى : رابطة الإلتزام ، طبعة ١٩٦٨ .

- د./ توفيق حسن فرج :

- النظرية العامة للإلتزام - فى أحكام الإلتزام - الجزء الثانى ، طبعة عام ١٩٨٥ م .

- د. جلال على العدوى :

- أحكام الإلتزام - دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى - طبعة دار الفكر العربى .

- د جلال محمد ابراهيم :

- إنقضاء الإلتزام .

- د. جميل الشرقاوى :

- شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة طبعة ١٩٩١ م .

- د. حسام الأهوانى :

- أصول القانون - طبعة ١٩٨٨ م .

- شرح قانون العمل - طبعة ١٩٩١ م .

- النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثانى - أحكام الإلتزام .

- د. خميس خضر :-

- عقد البيع - طبعة ١٩٧٢ م .

- د. رمضان أبو السعود :

- مبادئ الإلتزام فى القانون المصرى واللبنانى ، طبعة ١٩٨٦ م .

- د. سليمان مرقس :-

- الإلتزامات - أحكام الإلتزام - طبعة ١٩٩٢ .

- د. سمير تناغو :-

- أحكام الإلتزام والإثبات - طبعة ١٩٨٨ م .

- د. عبد الحى حجازى : -

- النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثانى - أحكام الإلتزام - الآثار الوفاء بالإلتزام والطرق المعادلة للوفاء ، طبعة ١٩٦٠ م .

- د عبد الرزاق السنهورى : -

- الوسيط ، الجزء الثالث - انقضاء الإلتزام .

- الوسيط - آثار الالتزام ، جـ ٢ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقى : -

- أحكام الإلتزام ، طبعة ١٩٦٠ م .

- د. عبد المنعم البـــدراوى : -

- النظرية العامة للإلتزام - الجـــزء الـثانى - أحكام الإلتزام ، طبعة ١٩٨٩ م .

- د. عبد الودود يحيى :

- الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - القسم الثـانى - أحكام الإلتـزام - طبـعـة ١٩٨٧ .

- محاضرات فى المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق - طبعة ١٩٦٩ م .

١١٢
١١١

- د. على حسين نجيـــدة : -

- مـحـاضـرات فى المدخل لدراسـة القـانون - نظرية الحق - طبعة ١٩٩١ م .

- د. فتحى عبد الرحيم : -

- النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الثانى - أحكام الإلتزام .

- د. فيصل زكى عبد الواحد : -

- دروس فى الأحكام العـامـة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى ، طبعة ١٩٩٠ .

- د./ محمد شكرى سرور : -

- مـوجـز الأحكام العـامـة للإلتـزام - طبـعـة ١٩٨٥/٨٤ .

- د. محمد على عمران ، ود . أحمد عبد العال أبو قرين :

- الوجيـز فى شـرح أحكام عـقـد البـيع ، طبـعـة ١٩٩١ م .

- د./ محمد لبيب شنب : -

- دروس فى نظرية الإلتـــزام - الإثبـــات والأحكام ، طبعة ١٩٧٤ .

- شرح أحكام عقد البيع ، طبعة ١٩٦٢ .

- د . / منصور مصطفى منصور :-

- عقد الكفالة ، طبعة ١٩٦٠ م .

- د. نعمان خليل جمعة :-

- المدخل للعلوم القانونية ، طبعة عام ١٩٧٧ م .

- د. يس محمد يحيى :-

- النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثانى -
أحكام الإلتزام ، طبعة ١٩٨٦ م .

محتويات البحث

الموضوع	رقم الصفحة

الموضـــوع	رقم الصفحة